

**TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
AVALIKU ÕIGUSE INSTITUUT
RIIGI- JA HALDUSÕIGUSE ÕPPETOOL**

Tiina Ojasalu

**EUROOPA ÜHENDUSE ASUTAMISLEPINGU
PÕHIVABADUSED JA NEIST TULENEVAD PÕHIMÕTTED
EUROOPA ÜHENDUSE RIIGIHANKEÕIGUSES**

Magistritöö

Juhendaja prof Aare Reenumägi

**TALLINN
2006**

SISSEJUHATUS	4
1. EUROOPA ÜHENDUSE RIIGIHANKEÕIGUSE RAAMISTIK.....	9
1.1. Esmane õigus	9
1.1.1. Riigihankeõiguse lähtekohad Euroopa Ühenduse asutamislepingutes	9
1.1.2. Esmase õiguse osa Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses.....	12
1.1.2.1. Teisese õiguse tõlgendamine ja selle lünkade täitmine	12
1.1.2.2. Esmase õiguse rakendusala.....	16
1.2. Teisene õigus	19
1.2.1. Teisese riigihankeõiguse kujunemine	19
1.2.2. Koordineerimisdirektiivid kui mitteammendavad õigusallikad	23
1.2.3. Koordineerimisdirektiivide olemus.....	25
1.3. Kokkuvõtvad järeldused	26
2. PÕHIVABADUSTE MÕJU RIIGIHANKEÕIGUSELE.....	28
2.1. Kaupade vaba liikumine	28
2.1.1. Kaupade vaba liikumise olemus ja seos riigihangetega.....	28
2.1.2. Kaupade vaba liikumisega seotud kohtupraktika	31
2.1.2.1. Kohtuasi Euroopa Komisjon Iirimaa vastu 45/87.....	31
2.2. Teenuste vaba liikumine	35
2.2.1. Teenuste vaba liikumise olemus ja seos riigihangetega	35
2.2.2. Teenuste vaba liikumisega seotud kohtupraktika	36
2.2.2.1. Kohtuasi Rush Portuguesa 113/89	36
2.3. Asutamisvabadus	40
2.3.1. Asutamisvabaduse olemus ja seos riigihangetega.....	40
2.3.2. Asutamisvabadusega seotud kohtupraktika	45
2.3.2.1. Kohtuasi Euroopa Komisjon Itaalia vastu 3/88	45
2.4. Kokkuvõtvad järeldused	48
3. PÕHIVABADUSTEST TULENEVAD RIIGIHANKE PÕHIMÕTTED	49
3.1. Võrdse kohtlemise põhimõte	49
3.1.1. Eristamine mittediskrimineerimise põhimõttest.....	49
3.1.2. Võrdse kohtlemise põhimõtte lähtealused ja rakendusala.....	50
3.1.3. Võrdse kohtlemise põhimõtte sisu.....	53
3.1.4. Kriteeriumid.....	56
3.1.5. Hankemenetlus.....	60
3.1.5.1. Hankemenetluse kujundamine	60
3.1.5.2. Pakkumiste kontroll ja hindamine	62
3.2 Mittediskrimineerimise põhimõte	64
3.2.1. Diskrimineerimise keelu üld- ja erisätted ning keelu sisu	64
3.2.2. Mittediskrimineerimise põhimõtte riigihankeõiguses	65
3.3. Läbipaistvuse põhimõte	69
3.3.1. Läbipaistvuse põhimõtte lähtealused.....	69
3.3.2. Läbipaistvuse põhimõtte elemendid.....	70
3.3.2.1. Avalikustamine	70
3.3.2.2. Hankemenetluse avalikkus.....	74
3.3.2.3. Hankemenetluse kontrollifunktsioon	78
3.4. Konkurentsi tagamise põhimõte	79
3.4.1. Konkurentsipõhimõtte lähtealused.....	79

3.4.2. Konkurentsipõhimõtte elemendid.....	81
3.4.2.1. Konkurentsi tekitamine.....	81
3.4.2.2. Konkurentsi avatus.....	84
3.4.2.3. Moonutusteta konkurentsi kaitse	85
3.4.2.4. Majanduslikkus	90
3.5. Kokkuvõtvad järeldused	92
KOKKUVÕTE.....	95
DAS RESÜMEE.....	100
KASUTATUD MATERJALID	107
Kasutatud kirjandus	107
Kasutatud normatiivmaterjalide loetelu	110
Ettevalmistavad aktid ja muud materjalid.....	113
Kasutatud kohtupraktika	114
Lühendid	121

Sissejuhatus

Sissejuhatus teemasse ja magistritöö uurimisesse

Eestil on Euroopa Liidu liikmesriigina kulgemas kolmas aasta. Liikmelisus Euroopa Liidus seab Eestile kohustusi: peame suutma üle võtta Euroopa Ühenduse (edaspidi ka ühendus) õiguse ja rakendada seda. Selleks on vajalik põhjalikult mõista ühenduse õiguse eri valdkondi, sh riigihankeõigust.

Riigihangete õiguslik reguleerimine ei ole Eestis uudne. Enne Euroopa Liitu astumist vastu võetud õigusaktid lähtusid riigihangete reguleerimisel eeskätt vajadusest kasutada eelarvevahendeid otstarbekalt ning säästlikult, samuti vähendada võimalikku korruptsiooniriski¹. Riigihangete reguleerimine oli riigi rahalis-eelarveliste huvide keskne.

Riigihankeõiguse eelarvekeskne lähtekoht ei olnud Eestile ainuomane. Enamiku Euroopa Liidu liikmesriikide siseriikliku riigihankeõiguse juured pärinevad eelarveõigusest². Tugevad on need Saksa õiguses. Veel kuni 1998. aastani oli seal täies jõus nn eelarveõiguslik lahendus: riigihankeid käsitleti eelarve kasutamisenä, mis ei võimaldanud ettevõtjatel nõuda, et tellijad hankereeglitest kinni peaksid, samuti pöörduda oma õiguste kaitseks kohtusse³.

Euroopa Ühenduse õigus on muutnud seda traditsioonilist riigihangete käsitlest kardinaalselt. Muutust on kirjeldatud kui paradigmatavahetust riigihankeõiguses: riigihankeõiguse eelarvekeskselt käsitlelusest on üle mindud ettevõtjakesksele käsitlelusele, milles riigi majanduspoliitiliste ja fiskaalhuvide asemel domineerivad ettevõtjate majandushuvid. Pakkujatel ja taotlejatel on õigus nõuda, et tellijad kohtleksid neid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning tagaksid ausa ja läbipaistva hankemenetluse. Nõude mittedäitmise korral on neil õigus pöörduda oma õiguste kaitseks kohtusse või riigihankevaidlusi lahendavasse organisse.

¹ Riigikogu 31.05.1995. a vastu võetud riigihangete seaduse § 1 lg 1 järgi oli seaduse ülesandeks tagada riigihangeteks kasutatavate rahaliste vahendite kõige ratsionaalsem ja säästlikum kasutamine.

² Rittner, lk 9

³ Baron, lk 49

Paradigmavahetus ei ole stabiilse ja kinnistunud õiguskorraga riikides toimunud valutult⁴. Eesti õiguskord on olnud pidevas muutumises ja seda ka riigihangete alal. Uutele suundadele on olnud seetõttu avatud nii Eesti seadusandja kui ka rakendaja.

Milles peituvad aga paradigmavahetuse alged? Selle töö autor on seisukohal, et need asuvad nimelt magistritöö uurimisesemeks olevates EÜ asutamislepingu põhivabadustes ja nendest välja arendatud võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise, läbipaistvuse ja konkurentsi tagamise põhimõtetes. Euroopa Liidus saavad nii üksikisikud kui ka juriidilised isikud tugineda siseturuvabadustele, samuti mittediskrimineerimise põhimõttele vahetult. See isikutele antud võimalus kandus edasi vabaduste elluviimiseks vastu võetud riigihankedirektiivide regulatsioonidesse. Seetõttu on kogu ühenduse riigihankeõiguse aluseks ettevõtja õiguste tunnustamine ja õiguste kaitse võimaldamine kohtus. On ju siseturupoliitika eesmärgiks isikute, kaupade, kapitali ja teenuste vaba liikumine kogu ühenduse territooriumil. Selle eesmärgi saavutamise oleks ohus, kui liikmesriikide ettevõtjad ei saaks isikute, kaupade ja teenuste vaba liikumise nõudest kinnipidamist nõuda.

Teema aktuaalsus

Töös käsitletav teema on aktuaalne olukorras, kus 2006. aasta veebruariks tuli liikmesriikide õigusesse üle võtta uued, 2004. aastal vastu võetud riigihankedirektiivid. Direktiivide ülevõtmise kohustuse tõttu töötas Rahandusministeerium välja uue riigihangete seaduse eelnõu⁵. Uute direktiivide vastuvõtmise üheks põhjuseks oli nimelt Euroopa Kohtu arendatud EÜ asutamislepingu põhimõtetele tuginev pretsedendiõigus⁶. Asutamislepingust tulenevaid direktiivide aluseks olevaid printsiipe on vaja silmas pidada direktiivide ülevõtmisel ning seejärel ülevõetud õiguse rakendamisel. Direktiivide õigel ülevõtmisel liikmesriigi õigusesse ja rakendamisel on ka otsene praktiline tähtsus: ühenduse õiguse ebaõige ülevõtmine ja kohaldamine võib tuua kaasa Eesti riigi suhtes rikkumismenetluse algatamise ja kahjuhüvitamise nõuded.

⁴ Saksamaa suhtes viidi näiteks läbi rikkumismenetlus, kuna pakkujatele polnud tagatud tellija vastu kohtusse pöördumise võimalus, vt EK 11.08.1995. a otsus kohtuasjas C-433/93 p 19: EKL 1995, lk I-02303.

⁵ Eelnõu 816 SE II-2, kättesaadav Riigikogu koduleheküljelt

⁶ Vt direktiivi 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ põhjenduse p 1

Samuti ei tohi unustada, et ühenduse riigihankedirektiivides ei ole puudutatud kõiki riigihangetega seotud aspekte. Direktiivides käsitlemata regulatsioonide osas tuleb liikmesriikidel luua ja rakendada õigust, mis on esmase õiguse vabaduste ja põhimõtetega kooskõlas. Seega on oluline teadvustada põhimõtete olulisust ning tunda nende sisu.

Töö eesmärk, hüpotees ja ülesehitus

Magistritöö autor on seadnud endale eesmärgiks välja selgitada, kuidas siseturuvabadused mõjutavad riigihankealast õiguspraktikat ning millised tunnused on siseturuvabadustest edasi arendatud riigihankepõhimõtetele omased, ehk milline on põhimõtete sisu. Lisaks seatud eesmärgile püstitab autor hüpoteesi, et vaatamata mahukale teisele õigusele on ühenduse riigihankealases õiguspraktikas EÜ asutamislepingu põhivabadustel ja neist Euroopa Kohtu poolt edasi arendatud riigihanke printsiipidel täita väga oluline osa. Selleks analüüsib autor rolli, mille Euroopa Kohus on andnud esmase õiguse vabadustele ja põhimõtetele teisele õiguse tõlgendamisel ja selles leiduvate lünkade täitmisel ning millise sisuga õigust on Euroopa Kohus printsiipide abil teisest õigusest edasi arendanud.

Eesmärgi täitmiseks on töö üles ehitatud kolmest põhiosast. Iga põhiosa lõpus on esitatud kokkuvõtvad järeldused.

Esimeses osas käsitletakse ühenduse riigihankeõiguse raamistikku: millised EÜ asutamislepingu artiklid on ühenduse riigihankeõiguse aluseks, millistele poliitilistele kontseptsioonidele artiklid tuginevad. Samuti on töö esimeses osas antud ülevaade teisele riigihankeõiguse allikatest ja nende olemusest. Ühenduse riigihankeõiguse raamistiku väljatoomine on vajalik, et anda alus töö järgnevate osade mõistmiseks. Töö esimese osa olulisimaks osaks on käsitlus sellest, kuidas Euroopa Kohus on EÜ asutamislepingu vabadusi ja neist edasi arendatud riigihankepõhimõtteid kasutanud sekundaarõiguse tõlgendamisel ja selles leiduvate lünkade täitmisel.

Töö teises osas tuuakse välja siseturu põhivabaduste seos riigihangetega, seda eraldi iga põhivabaduse osas. Põhivabaduste seosed riigihangetega on täiendavalt välja toodud kohtulahendite abil. Selle osa eesmärgiks on näidata täpsemalt, milline on

põhivabaduste seos riigihangetega ja kuidas põhivabadused ühenduse riigihankeõiguse kujunemist mõjutavad.

Töö kolmas osa on pühendatud siseturuvabadustest edasi arendatud riigihankepõhimõtete käsitlemisele. Tegemist on töö kaalukaima osaga. Põhimõtete juures analüüsitakse nende lähtekohti, erinevaid elemente ja rakendamist erinevates hankeetappides.

Riigihankepõhimõtete käsitlemisel on asetatud rõhk võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise, läbipaistvuse ja konkurentsi tagamise põhimõtete lahkamisele. Vähemal määral on käsitlemist leidnud proportsionaalsuse ning vastastikuse tunnustamise põhimõte.

Teemat on arendatud deduktiivselt, alustades ühenduse riigihankeõiguse allikatest esmases ja teiseses õiguses ning analüüsides seejärel täpsemalt riigihankepõhimõtete lähtekohaks olevat asutamisvabadust, kaupade ja teenuste liikumise vabadusi ja seejärel riigihanke põhimõtteid endid. Sellise teemakäsitluse eesmärgiks on anda võimalikult laiaulatuslik vaade riigihanke põhimõtete lähtealustest.

Käesoleva magistritöö raamesse ei mahtunud analüüs sellest, kuidas on Euroopa Ühenduse riigihankepõhimõtteid kohaldanud liikmesriikide kohtud ja riigihanke vaidlusi lahendavad organid.

Uurimismeetodid ja allikmaterjalid

Töö uurimismeetodina on kasutust leidnud peamiselt süstemaatiline, analüütiline ja ajalooline meetod.

Autor on töö kirjutamisel kasutanud peamiselt esmaseid allikaid, s.o ühenduse õigusakte, Euroopa Kohtu otsuseid ja kohtujuristide ettepanekuid. Teemat arvestades on põhirõhk Euroopa Kohtu praktikal. Valdavalt on kohtulahendite ja kohtujuristi ettepanekute käsitlemisel võetud aluseks saksakeelsed tekstid, millest autor on teinud tõlked.

Teisestest allikatest on peamiselt kasutatud saksakeelsete autorite käsitlusi ühenduse riigihankeõigusest. Autor lähtus valiku tegemisel tõsiasjast, et Saksa õigusteaduse mõju Eesti õigusteaduse arengule on olnud tugev, mistõttu on Saksa õigusteadlaste lähenemisviis ja käsitlused õigusest, sh Euroopa Liidu õigusest, usutavasti Eesti õigusruumis enam mõistetavad.

1. Euroopa Ühenduse riigihankeõiguse raamistik

1.1. Esmane õigus

1.1.1. Riigihankeõiguse lähtekohad Euroopa Ühenduse asutamislepingutes

Viiteid riigihangetele ei ole Euroopa Ühenduse asutamislepingust kerge leida. Riigihankeid on riivamisi nimetatud artiklites, mis käsitlevad asutamislepingu teadusuuringuid ja tehnoloogia arendamist ning ülemeremaade ja -territooriumide assotsieerimist (artikli 163 lõige 2 ning artikli 183 lõige 4).

Riigihangete otsesele nimetamisele vaatamata ei ole eeltoodud sätted ühenduse riigihankeõiguse seisukohalt olulised. Näiteks teadusuuringuid ja tehnoloogia arendamist käsitlevas sättes osutab sellele, et sätel ei saanud teisese riigihankeõiguse väljakujunemisel rolli olla, juba üksnes see asjaolu, et esimesed riigihankedirektiivid võeti vastu 1970. aastatel, samas kui säte lisati Euroopa Majandusühenduse asutamislepingusse ühtse Euroopa aktiga alles 1986. aastal⁷.

Ühenduse riigihankeõiguse tuumaks on EÜ asutamislepingu sätted, milles on kirjas siseturu toimimist tagavad vabadused, s.o kaupade, isikute⁸ ja teenuste vaba liikumine ning asutamisvabadus (artiklid 28, 39, 43, 49 ja neile vahetult järgnevad artiklid), nn sektoriette võtjate⁹ hangete koordineerimine põhineb ühtlasi ka Euroopa Aatomenergiaühenduse (EURATOM) asutamislepingu¹⁰ artiklil 97¹¹.

Nii riigihangete koordineerimise¹² kui ka õiguskaitse direktiivide¹³ kui teisese õiguse õigusaktide väljaandmise aluseks on EÜ asutamislepingu art 95, mis lubab liikmesriikide õiguse ühtlustamiseks võtta tarvitusele meetmeid, kui see on vajalik siseturu loomise eesmärgil¹⁴. Seega on tegemist valdkonnaga, kus ühendusel on

⁷ Täpsemalt ühtse Euroopa akti artikliga 24; ühtne Euroopa akt on eesti keeles kättesaadav aadressil: http://europa.eu.int/eur-lex/lex/et/treaties/treaties_other.htm

⁸ Isikute vaba liikumine on seda vähem, siiski on Euroopa Kohus sellele riigihangetealases kohtupraktikas viidanud, vt EK 22.06.1993. a otsus kohtuasjas C-243/89 p 45: EKL 1993, lk I-03353

⁹ Vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevad ettevõtjad

¹⁰ Kättesaadav eesti keeles Euroopa Liidu Teataja koduleheküljelt aadressil: http://eur-lex.europa.eu/et/treaties/treaties_founding.htm

¹¹ Direktiivi 2004/17/EÜ põhjenduse p 9 ja direktiivi 2004/18/EÜ põhjenduse p 2; varasematest direktiividest näiteks direktiivide 71/305/EMÜ ja 77/62/EMÜ põhjenduse p 1

¹² Praegu direktiivid 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ

¹³ Direktiivid 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ

¹⁴ Direktiivide 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ vastu võtmise aluseks on lisaks ka asutamislepingu art 47 lg 2 ja art 55.

tuletatud pädevus, s.o võimalus laiendada oma pädevust teatud küsimuste lahendamisel¹⁵.

Kaupade ja teenuste vaba liikumine ning asutamisvabadus on riigihankeõiguse aluseks põhjusel, et ühenduse riigihankepoliitika kujutab endast osa ühenduse siseturupoliitikast, viimase sisuks on ühendusesisese sisepiirideta ruumi loomine, kus kaupade, isikute, teenuste ja kapitali liikumine liikmesriikide vahel oleks piiranguteta¹⁶.

Siseturupoliitika on nimelt majanduslik instrument, selle eesmärgiks on ühendada liikmesriikide killustunud turud üheks suureks siseturuks, kus toimib konkurents erinevate riikide ettevõtjate, nende kaupade ning teenuste vahel¹⁷. Selline liikmesriikide ettevõtjate omavaheline võistlemine ja karastumine konkurentsisis peaks siseturupoliitika kohaselt muutma neid väljaspool ühendust, s.o maailmaturgudel, läbilöögivõimelisemaks. Lõppkokkuvõttes tagab see Euroopa Ühenduse kui majandusbloki edu.

Sisepiirideta ühtse majandusruumi rajamine seati eesmärgiks juba 1957. aastal sõlmitud Euroopa Majandusühenduse lepingus¹⁸. 1986. aastal sõlmitud ühtses Euroopa aktis kujundati sellest poliitiline kontseptsioon. Kontseptsiooni püüdluseks sai muu hulgas avada liikmesriikide jätkuvalt suletud riigihanketurud teiste liikmesriikide ettevõtjatele¹⁹. Ühenduse riigihankepoliitika väljatöötamise põhjuseks oli tõsiasi, et liikmesriikide ametkondadel on ikka olnud tavaks tellida kaupu ja teenuseid vaid oma riigi ettevõtjatelt, seda praktikat on püütud ja püütakse endiselt riigihankepoliitika kaudu murda. Nagu on otsekoheselt väljendanud kohtujurist Leger: “Tellijad kalduvad loomu poolest eelistama kodumaiseid ettevõtjaid, et säilitada töökohti ja soodustada majandusarengut oma riigis”²⁰.

Arvestades riigihangete suurt (rahalist)mahtu²¹, piirab tellijate poolt kodumaiste ettevõtjate eelistamine tõsiselt teiste liikmesriikide ettevõtjatel kaupade ja teenuste

¹⁵ Laffranque, lk 101

¹⁶ Bayer, Franke, Opitz, lk 3

¹⁷ Vt ka Mader, lk 331

¹⁸ Lepingu algtekst eesti keeles kättesaadav Eesti Õiguskeele Keskuse koduleheküljelt aadressil: <http://www.legaltext.ee/et/andmebaas/ava.asp?m=018>

¹⁹ Bayer, lk 3

²⁰ Kohtujurist Legeri 16.09.1997. a ettepanek kohtuasjas C-44/96 p 46: EKL 1998, lk I-00073

²¹ Aastal 2002 moodustas kogu ELi riigihangete turg 1,5 triljonit eurot ehk 16% SKT-st. Vt Euroopa Komisjoni teatis Nõukogu, Euroopa Parlamendi, Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomitee ning regioonide komiteele.

pakkumist väljaspool koduliikmesriiki. See käitumine seab takistusi siseturu kui liikmesriikidevahelise ühtse konkurentsiruumi tekkimisele. Seetõttu on ühenduses juba 1960. aastatel hakatud pöörama tõsist tähelepanu riigihankereeglite ühtlustamisele, mis avaksid riigihanked ühendusesisesele konkurentsile.

Kuigi riigihanked on siseturupoliitika seisukohalt olulised, ei ole (nagu juba eespool kirjas) EÜ asutamislepingus riigihankereegleid välja toodud. Öhler märgib, et selle põhjuseks ei ole vähene teadlikkus riigihangete valdkonna olulisusest, vaid pigem see, et liikmesriigid ei soovinud seda olulist majanduspoliitilist reguleerimisinstrumenti käest anda²². Sellest nähtub, et liikmesriigid seisavad traditsioonide murdmisele vastu. Ilmselt on Euroopa ühtse siseturu loomise eesmärk liiga kaugel ja ähmane võrreldes liikmesriigi vahetute majanduslike huvidega. Seetõttu ei ole ka riigihankeid ühenduse lepingutes reguleerida õnnestunud.

Kaupade, isikute ja teenuste vaba liikumise ning asutamisevabaduse sätetest on Euroopa Kohus omakorda edasi arendanud võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise, konkurentsi tagamise ja läbipaistvuse põhimõtted. Nimetatud põhimõtted on ühenduse riigihankeõiguse seisukohalt keskse tähtsusega ja mõjutanud oluliselt teisese õiguse väljakujunemist. Seega on riigihangete seisukohalt oluline eelkõige kohtupraktikast välja kasvanud, kirjutamata esmane õigus. Siseturuvabaduste ja põhimõtete väljendumine ühenduse riigihankeõiguses on avatud käesoleva magistritöö järgnevas osades, mistõttu autor siinkohal neil pikemalt ei peatu.

Brüssel KOM (2004) siseturu strateegia (2003–2006) teine rakendamisaruanne, kättesaadav
<http://europa.eu.int/comm/internal-market/en/update/strategy/2nd-impl-report-et.pdf>

²² Öhler, lk 42

1.1.2. Esmase õiguse osa Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses

1.1.2.1. Teisese õiguse tõlgendamine ja selle lünkade täitmine

Esmase õiguse olulisus riigihangete puhul ilmneb eeskätt teisese õiguse tõlgendamisel²³. Riigihankedirektiive tuleb tõlgendada esmase õiguse valguses, st tõlgendamisel tuleb arvestada esmase õiguse sõnastust ja eesmärki²⁴. Seetõttu mõtestab Euroopa Kohus direktiivi sätteid lahti EÜ asutamislepingu vabaduste ja neist edasiarendatud õiguspõhimõtete valguses²⁵. Ilmekas näide sellest on kohtuasi Transporoute, milles kohus leidis, et pakkujate kvalifitseerimisel tohib tellija nõuda pakkujalt ainult neid dokumente, mis on direktiivis otse nimetatud²⁶. Selline tõlgendus oli kohtu seisukohalt kooskõlas EÜ asutamislepingu teenuste vaba liikumist käsitlevate sätete süsteemiga: kui lubada tellijal nõuda välismaistelt pakkujatelt direktiivis nimetamata riigis asumise luba, siis oleks direktiivi alusel loodud õigusakti rakendamise tulemus vastuolus EÜ asutamislepingu eesmärgiga: kõrvaldada igasugused piirangud teenuste osutamiseks ühe liikmesriigi ettevõtjal teises liikmesriigis. Asumisluba aga kujutaks endast sellist piirangut. Seega võtaks tõlgendus asumisloa nõudmise lubatavuse osas asutamislepingult reaalse toime²⁷. Direktiivi ei tohi seega tõlgendada viisil, mille tulemus on vastuolus EÜ asutamislepinguga. Sekundaarõiguse tõlgendamisel on Euroopa Kohus seejuures andnud direktiivi sõnastusest üsna kaugele ulatuvaid interpreteeringuid ja seda nimelt esmasele õigusele tuginedes. Iseloomulikuks näiteks on mitmetes kohtulahendites käsitlemist leidnud avalikes huvides tegutseva isiku (*body governed by public law; Einrichtung des öffentlichen Rechts*) mõiste tunnuste lahti mõtestamine. Direktiivide kohaselt on avalikes huvides tegutseva isiku üheks tunnuseks see, et isik on asutatud üldistes huvides ega arenda tööstuslikku või kaubanduslikku tegevust²⁸. Kohtuasjas Mannesmann leidis kohus, et avalikes huvides tegutsev isik ei pea tegutsema üksnes

²³ Teisese õiguse tõlgendamine esmase õiguse valguses on levinud. Vajadus tõlgendada teisest õigust EÜ asutamislepinguga kooskõlas olevana, vt nt EK otsus 13.12.1983 kohtuasjas 218/82 p 15: EKL 1983, lk I-04063 Bayer, lk 10

²⁴ Kohtujurist Legeri 11.11.2004. a ettepanek ühendatud kohtuasjades C-21/03 ja C-34/03 p 31: EKL 2005, lk I-01559; Oppermann peab EÜ asutamislepingu põhivabadusi ja neist edasi arendatud põhimõtteid ühenduse esmase kirjutamata õiguse juurde kuuluvaks, seda vaatamata asjaolule, et osa neist on selgesõnaliselt lepingutesse sisse viidud. Vt Oppermann, lk 163–164; asutamislepingutest tuletatud põhimõtete najal teisest õigusaktide tõlgendamine on Ühenduse õiguses levinud, vt Vilms, lk 345

²⁶ EK 10.02.1982. a otsus kohtuasjas 76/81 p 15: EKL 1982, lk I-00417

²⁷ EK 10.02.1982. a otsus kohtuasi 76/81 p 12, 14: EKL 1982, lk I-00417

²⁸ Direktiivid 93/36/EMÜ art 1b, 93/37/EMÜ art 1b, 93/38/EMÜ art 1, 92/50/EMÜ art 1b; mõiste on jäänud uutes direktiivides 17/2004/EÜ ja 18/2004/EÜ muutmata

või peamiselt avalikes huvides, vaid tal võivad olla ka muud tegevusalad²⁹. Kohtuasjas *Universale Bau* läks kohus veelgi kaugemale, märkides, et mõiste alla mahuvad ka isikud, kes ei ole asutatud avalikes huvides, vaid kellele on hiljem avalikud ülesanded antud ja kes neid ülesandeid tegelikult täidavad³⁰. Tõlgenduse andmisel viitas kohus EÜ asutamislepingust tulenevale teenuste ja kaupade vaba liikumise nõudele ning välismaiste pakkujate diskrimineerimise keelule, mille tarvis tuleb avalikes huvides tegutseva isiku mõistet käsitleda funktsionaalselt, s.o võimalikult sisuliselt ja kõikehõlmavalt³¹. Kohtujurist Alber juhib ettenägelikult tähelepanu kitsalt grammatilise tõlgendamise ohtudele. Ta väidab, et riigihankedirektiivid ja nende aluseks olevad vabadused kaotaksid oma toime, kui võimaldada sõnasõnalist tõlgendust: liikmesriigid annaksid vastavatele isikutele avalikud ülesanded üle pärast seda, kui nad on asutatud ja algselt tegelenud ärilise tegevusega, ning see võimaldaks ühenduse riigihankereeglite täitmisest kõrvale hiilida³². Seega eelistab kohus grammatilisele tõlgendamisele teleoloogilist tõlgendusviisi, tuletades direktiivide eesmärgi ja mõtte esmase õiguse vabadustest ja põhimõtetest³³.

Euroopa Kohus pöördub esmase õiguse poole ka direktiivides leiduvate lünkade täitmiseks. Õiguspõhimõtete kasutamine lünkade täitmiseks on ühenduse õiguses tuntud³⁴. Wolfgang Bayer märgib, et kohus on varasemas praktikas sekundaarõiguse lünkade täitmiseks kasutanud EÜ asutamislepingu sätteid, tuletades esmasest õigusest hankemenetluse kujundamiseks konkreetseid juhiseid³⁵. Esmasele õigusele toetumist võib täheldada kohtujuhtumis *Hospital Ingenieure*. Selles kerkis üles küsimus, kas tellija otsust tühistada hankemenetlus saab vaidlustada nagu teisigi hankemenetluse otsuseid³⁶. Probleem seisnes asjaolus, et hankemenetluse tühistamise otsuse kohta oli direktiivis kirjas vaid tellija kohustus teatada taotlejatele või pakkujatele nii kiiresti kui võimalik selle põhjused³⁷, muid tingimusi ega kohustusi seoses menetluse tühistamisega seatud polnud. Kohus leidis, et kuigi direktiivis ei olnud

²⁹ EK 15.01.1998. a otsus kohtuasjas C-44/96 p 26, 31: EKL 1998, lk I-00073

³⁰ EK 12.12.2002. a otsus kohtuasjas C-470/99 p 63: EKL 2002, lk I-11617

³¹ EK 12.12.2002. a otsus kohtuasjas C-470/99 p 51-53: EKL 2002, lk I-11617

³² Kohtujurist Alberi 8.11.2001. a ettepanek kohtuasjas C-470/99 p 45, 48: EKL 2002, lk I-11617

³³ Ka Joutsamo on märkinud, et kohus kasutab asutamislepingute eesmäärke ja printsiipe teleoloogilisel ja süstemaatilisel tõlgendamisel. Joutsamo, lk 1 Vilms. lk 345 kaudu

³⁴ Lechlerer, Helmut, lk 338, 347–348, vt ka Joutsamo, lk 2 Vilms, lk 345 kaudu

³⁵ Bayer, lk 10–11

³⁶ EK otsus 18.06.2002 kohtuasjas C-92/00 p 23: EKL 2002, lk 05553

³⁷ Direktiiv 92/50/EMÜ art 12 lg 2; EK 18.06.2002. a otsus kohtuasjas C-92/00 p 39: EKL 2002, lk 05553

hankemenetluse tühistamise formaalseid ja materiaalseid aluseid loetletud, tuli otsuse tegemisel silmas pidada EÜ asutamislepingut, eelkõige selle asutamisvabadust ja teenuste vaba osutamist puudutavatest sätetest tulenevaid võrdse kohtlemise, diskrimineerimise keelu ja läbipaistvuse tagamise põhimõtteid³⁸. Kohus järeldas, et kuna hankemenetluse tühistamise otsuse alused tulenevad primaarõiguslikest õiguspõhimõtetest, siis langeb see otsus ka õiguskaitse direktiivi³⁹ rakendusalasasse, milleks on ühenduse riigihankealastest normidest kinnipidamise tagamine⁴⁰. See tähendab, et direktiivi lüngad tuli täita esmasest õigusest pärinevate siseturuvabaduste ja neist edasi arendatud põhimõtete eesmärgi ja sisu kohaselt, ehk (esmasest) õiguse analoogiat kasutades⁴¹. Kohtuotsusest tuleneb ühtlasi, et esmasest õigusest analoogia teel leitud õigus ei saa olla vähem kaitstud kui direktiiviõigus.

Palju vaidlusi on õigusteadlaste ja -praktikute seas tekitanud keskkonnakriteeriumite lisamine riigihankeõigusesse⁴². Kohtuasjas Concordia Bus jõudis kohus järeldusele, et pakkumise edukaks tunnistamisel võib direktiivi majanduslikult soodsaima pakkumise kriteeriumi juures hindamistingimusena kasutada ka keskkonnakaitselikul aspekte. Seejuures viitas kohus EÜ asutamislepingu artiklile 6, mille järgi tuleb ühenduse poliitika rakendamisse integreerida keskkonnakaitse nõuded⁴³. Kohtu hinnangul ei pea majanduslikult soodsaima pakkumise kriteeriumi hindamise tingimused olema puhtmajanduslikud⁴⁴. Siiski ei saa tellija mittemajanduslike tingimusi tuletada omal äranägemisel, vaid neid saab üle võtta vaid EÜ asutamislepingust, s.o esmasest õigusest. Kirjanduses on leitud, et vaieldavaks jääb seejuures, kui kaugele võib selliste tingimuste leidmisega minna: kas neid saab direktiividesse üle võtta kõigist EÜ asutamislepingu artiklites 2 ja 3 loetletud ülesannetest ja eesmärkidest⁴⁵. Igatahes on nii Euroopa Kohtu praktikas⁴⁶, Euroopa

³⁸ EK 18.06.2002. a otsus kohtuasjas C-92/00 p 42–47: EKL 2002, lk 05553

³⁹ Direktiiv 89/665/EMÜ

⁴⁰ EK 18.06.2002. a otsus kohtuasjas C-92/00 p 48: EKL 2002, lk 05553

⁴¹ Vt seoses õiguse analoogiaga Narits, lk 98

⁴² Küsimuse, kas tegemist on lünga või laiendava tõlgendamise olukorraga, jätab autor siinkohal lahtiseks. A.Aarnio on väitnud, et erinevus lünga täitmise ja tõlgendamise vahel on “vee peale tõmmatud joone taoline”, vt Aarnio, lk 201. Kuna lünga ja laiendava tõlgenduse eristamise küsimus ei ole magistritöö uurimisprobleemiks, siis autor sellel ei peatu.

⁴³ EK 17.09.2002. a otsus kohtuasjas C-513/99 p 57: EKL 2002, lk 07213

⁴⁴ EK 17.09.2002. a otsus kohtuasjas C-513/99 p 55: EKL 2002, lk 07213

⁴⁵ Bungenberg, lk 316

⁴⁶ EK 20.09.1988. a otsus kohtuasjas C-31/87 p 37: EKL 1988, lk I-04635; EK 26.09.2000 otsus kohtuasjas C-255/98 p 50–54: EKL 2000, lk I-07445

Komisjoni seisukohtades⁴⁷ kui ka direktiivide põhjendustes⁴⁸ toetatud lisaks keskkonnapoliitikale ühenduse sotsiaalpoliitika integreerimist riigihangetesse. Riigihankedirektiive tuleb tõlgendada ning neis leiduvaid lünki täita seega lisaks asutamislepingu siseturuvabadustele ka lepingusse kätketud muid poliitikaid arvestades.

Eeltoodu põhjal võib järeldada, et esmase ja teisese õiguse vahel valitseb riigihangete valdkonnas tihe seos. Bungenberg on seda põhjendanud direktiivide ja EÜ asutamislepingu vahel ilmneva õigusallikate normihierarhilise suhestusega. Süsteemiühtse tõlgendamisviisi positiivse aspektina märgib ta, et selline tõlgendamine võimaldab sidusa õigussüsteemi loomist⁴⁹. Ja see sidusus asutamislepingu ja direktiivide vahel ei ole üksnes kitsalt vertikaalne, s.o teisese riigihankeõiguse aluseks olevate siseturuvabaduste mõju direktiividele, vaid võib rääkida ka teatavast horisontaalsest mõjust: teiste asutamislepingu eesmärkide sidumisest riigihangetega.

Riigihangete puhul ei piirdu esmase õiguse mõju ja sidusus teisese õigusega. Riigihangete valdkond on ühenduses reguleeritud valdavalt direktiividega, mis tuleb üle võtta liikmesriigi õigusesse. Direktiivi alusel loodud riigisisest õigust tuleb Euroopa Kohtu seisukoha järgi tõlgendada direktiivikonformselt, s.o direktiivi eesmärgi ja sõnastuse kohaselt⁵⁰ ning direktiive (nagu on käsitletud eespool) omakorda esmasest õigusest lähtudes: sellist teed pidi mõjutab ühenduse esmane õigus liikmesriigi riigihankeõigust. Nii tuleb ka Eesti riigihangete seaduse tõlgendamisel arvestada lisaks direktiivile EÜ asutamislepingu ja sellest välja arendatud õiguspõhimõtetega⁵¹. Viimastega arvestamine muutub usutavasti pärast uute riigihankedirektiivide⁵² liikmesriikide õigusesse ülevõtmist tõhusamaks, seda põhjusel, et neis direktiivides on Euroopa Kohtu poolt primaarõigusest välja arendatud põhimõtted juba paljus sisse kirjutatud. Samas leiab Lecheler, et

⁴⁷ Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (2001/C 333/08) (KOM(2001) 566 endg)

⁴⁸ Direktiivi 18/2004/EÜ põhjenduse p-d 1, 33; direktiivi 17/2004/EÜ põhjenduse p 1

⁴⁹ Bungenberg, lk 316

⁵⁰ Vt EK 04.03.1999. a otsus kohtuasjas C-258/97 p 25: EKL 1999, lk I-01405; varasemad kohtuotsused EK 13.11.1990. a otsus kohtuasjas C-106/89 p 8: EKL 1990, lk I-04135; EK 16.12.1993. a otsus kohtuasjas C-334/92 p 20: EKL 1993, lk I-06911; EK 14.07.1994. a otsus kohtuasjas C-91/92 p 26: EKL 1994, lk I-03325

⁵¹ Riigikohtu halduskolleegium on 15.03.2006. a otsuses haldusasjas nr 3-3-1-5-06 p 15-16 viidanud riigihankega seoses samadele põhimõtetele, millele Euroopa Kohus, s.o võrdne kohtlemine, läbipaistvus, avalikkus. Seda küll viitamata EÜ riigihankeõigusele, vaid hea halduse põhimõtetele.

⁵² 17/2004/EÜ ja 18/2004/EÜ

õiguspõhimõtete lisamine õigusakti teksti ei muuda nende olemust ja tähtsust, õiguspõhimõtted võivad esineda õiguskorras nii kirjutatute kui ka kirjutamatutena⁵³.

Eelnevast nähtub, et riigihangete reguleerimata jätmine EÜ asutamislepingus ei tähenda, et esmase õiguse osa riigihangete valdkonnas oleks tähtsusetu, otse vastupidi: esmasest õigusest tuleneb riigihankedirektiivide eesmärk ja mõte. Esmase õiguse mõjul ning Euroopa Kohtu kaasabil areneb ja täiustub riigihangete õigus jätkuvalt⁵⁴.

1.1.2.2. Esmase õiguse rakendusala

Lisaks direktiivide tõlgendamisele ja neis leiduvate lünkade täitmisele ilmneb esmase õiguse tähtsus riigihangete puhul ka selle laiemas mõjualas, nimelt ulatub esmase õiguse rakendusala direktiividest kaugemale.

Riigihankedirektiividega loodud õigust tuleb järgida hangetes, mille rahaline maht ületab direktiivis ette nähtud piirmäära. Vaatamata direktiiviõiguse mittekohaldumisele, tuleb aga tellijatel ka alla ühenduse piirmäära jäävates riigihangetes silmas pidada ühenduse esmast õigust. Komisjon on 1996. aastal välja antud rohelises raamatus rõhutanud: “Alla ühenduse riigihanke piirmäärasid jäävad riigihanked tuleb sooritada kooskõlas EÜ asutamislepingu kaupade ja teenuste vaba liikumist käsitlevate sätete ja mittediskrimineerimist, võrdset kohtlemist ja läbipaistvust puudutavate fundamentaalsete põhimõtetega”⁵⁵. Komisjoni rõhutatu on leidnud kinnitust Euroopa Kohtu poolt. Kohtuasjas Euroopa Komisjon Prantsuse Vabariigi vastu on kohus öelnud: “Pelgalt asjaolu, et ühenduse seadusandja on pidanud riigihankeid puudutavates direktiivides ette nähtud erilist ja ranget menetlust künnisest madalama väärtusega riigihankelepingute osas asjakohatuks, ei tähenda, et viimased jääksid ühenduse õiguse kohaldamisalast väljapoole”⁵⁶. Eriti oluline on selle asjaolu silmaspidamine liikmesriikides, kus alla ühenduse riigihanke piirmäära lähtuvad tellijad õigusaktidest, mis ei ole direktiivi alusel välja töötatud (Saksamaa)⁵⁷.

⁵³ Lechlerer, lk 345; Oppermann nimetabki ühenduse eesmärgi sätestavaid EÜ asutamislepingu norme (nt art 2, 3, 12) põhimõtenormideks ning siseturu põhivabadusi lepingutesse sisse viidud põhiõigusi sätestavateks positsioonideks, vt Oppermann, lk 158, 163–164

⁵⁴ Vt Direktiivi 2004/17/EÜ põhjenduse p 1 ja 9 ning Direktiivi 2004/18/EÜ põhjenduse p 1 ja 2

⁵⁵ Europäische Kommission “Grünbuch. Das öffentliche Auftragwesen in der europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft. Mitteilung, von der Kommission am 27. November 1996 auf Vorschlag von Herrn Monti beschlossen, s 17

⁵⁶ EK 20.10.2005.a otsus kohtuasjas C-264/03 p 33: EKL 2005, lk I-08831; sama on Euroopa Kohus öelnud ka EK 03.12.2001. a määruses kohtuasjas C-59/00 p 20: EKL 2000, lk I-9505

⁵⁷ Dörr, lk 712

Euroopa Komisjon on koguni välja töötanud teatise direktiivi mõju alt välja jäävate hangete teostamiseks⁵⁸.

Direktiividest on välja jäetud teenuse kontsessioonid, s.o teenuste osutamise lepingud, milles vastutasuks teenuse eest antakse ettevõtjale (eri- või ainu)õigus teenust osutada või sellise teenuse osutamise võimalus koos õigusega saada selle eest tasu⁵⁹. Kuid ka need lepingud alluvad primaarõigusele. Kohtuasjas Telaustria rõhutas kohus: “Kui ka sellised (teenuskontsessiooni)lepingud on kehtivas ühenduse õiguses direktiivi rakendusalaalt välja jäetud, peavad tellijad selliseid lepinguid sõlmides üldjoones silmas pidama EÜ asutamislepingu põhimõtteid ning kodakondsuse alusel diskrimineerimise keeldu”⁶⁰. Kuna diskrimineerimise keeld hõlmab endas läbipaistvuse kohustust ning viimane võimaldab omakorda teenuste turu avamist konkurentsile, siis tuleb järgida ka läbipaistvuse ja konkurentsi tagamise põhimõtteid⁶¹. Samuti tuleb kohaldada pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtet⁶².

Direktiivid ei hõlma kõiki hankemenetluse etappe. Kühling leiab Euroopa Komisjoni teatisele⁶³ tuginedes, et direktiivides reguleerimata jäetud hankemenetluse etappides tuleb arvestada EÜ primaarõigust⁶⁴. Seega tuleb tellijatel lähtuda nendes hankemenetluse etappides, mida teisese õiguse alusel loodud õigusaktid ei hõlma (riigihanke ettevalmistamine, hankelepingu täitmine), esmase õiguse põhimõtetest.

Kui riigihangete läbiviimisel riivatakse vahetult EÜ asutamislepingu vabadusi, siis on võimalik riigihankejuhtumites tugineda otse neile vabadustele. Vabadused ja diskrimineerimiskeeld kehtivad vahetult, st liikmesriikide kodanikud ja nendega võrdsustatud juriidilised isikud ja isikute ühendused võivad haldusasutustes ja kohtutes neile tugineda, ilma et siinjuures oleks vaja siseriiklikku seadusandlust, millesse on üle võetud ühenduse õigus. Seda põhjusel, et põhivabadused ja

⁵⁸ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen. Kommission 23.06.2006 COM

⁵⁹ Teenuse kontsessiooni mõiste: direktiiv 2004/18/EÜ art 1 lg 4

⁶⁰ EK 07.12.2000. a otsus kohtuasjas C-324/98 p 60: EKL 2000, lk I-10745; hiljem korratud EK 21.06.2005. a otsuses kohtuasjas C-231/03 p 16: kohtulahendite kogumikus avaldamata; EK 13.10.2005. a otsuses kohtuasjas C-458/03 p 46: EKL 2005, lk I-08612

⁶¹ EK 07.12.2000.a otsus kohtuasjas C-324/98 p 61-62: EKL 2000, lk I-10745

⁶² EK 06.04.2006. a otsus kohtuasjas C-410/04 p 19-20: kohtulahendite kogumikus avaldamata; sama EK 13.10.2005.a otsus kohtuasjas C-458/03 p 47-48: EKL 2005, lk I-08612.

⁶³ Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (2001/C 333/07) KOM(2001) 274 endg

⁶⁴ Kühling, lk 340

diskrimineerimiskeeld puudutavad juhtumeid, mis on alati seotud piiri-, s.o liikmesriigi ülese mõjuga⁶⁵. Seetõttu on võimalik riigihangetega seotud kohtuasjades, kus on seatud piiranguid teise liikmesriigi ettevõtja kaupadele või teenustele, tugineda vahetult EÜ asutamislepingu kaupade ja teenuste vaba osutamist ja asutamisevabadust puudutavatele artiklitele⁶⁶. Isegi kui riigihankedirektiivid puuduksid, oleks piiriülese mõju olemasolu korral liikmesriikide ettevõtjatel ikkagi võimalus toetuda riigihankejuhtumites ühenduse õigusele, s.o esmasele õigusele.

Samas on hiljutise kohtulahendiga juhtumis Coname antud piiriülese mõju hindamiseks väga laiad piirid: otsusest võib järeldada, et esmane õigus on rakendatav ka juhtudel, kui teise liikmesriigi ettevõtja kaupade või teenuste piiramise fakti kindlaks tehtud pole⁶⁷. Kohtuasjas, milles esitati eelotsuse saamiseks küsimus Euroopa Kohtule, olid vaidluspoolteks liikmesriigi (Itaalia) omavalitsusüksus ja sama liikmesriigi ettevõtja. Omavalitsusüksus (vald) andis ilma vähempakkumiseta teenusekontsessiooni avalik-õiguslike isikute valitseva mõju all olevale Itaalia ettevõtjale. Teine Itaalia ettevõtja – Coname – vaidlustas selle kohtus. Seega olid vaidluspoolad Itaaliast. Sellele vaatamata leidis kohus, et tuleb rakendada EÜ asutamislepingu sätteid (asutamisevabadust ja teenuste vaba liikumist), kuna hanke kohta teate avaldamata jätmine võib kahjustada välismaiseid ettevõtjaid, kes ehk oleksid soovinud pakkumist teha, kui nad oleksid kontsessiooni andmisest teadnud⁶⁸. Kohtujurist Stix-Hackel märgib, et juba potentsiaalsete pakkujate õiguste võimalik riive õigustab riigihanke suhtes asutamislepingu vabaduste rakendamist⁶⁹. Braun ja Hauswaldt leiavad kohtuotsust kommenteerides, et vabaduste rakendamist hangete puhul, milles ei esine faktilist välismaist mõju, (st välismaine isik ei osale), õigustab ajaolu, et riigihangete puhul võib alati teiste liikmesriikide ettevõtjatel olla riigihanke vastu huvi. Juhul kui riigihanke läbiviimisel eksitakse läbipaistvuspõhimõtte vastu, s.o ei avaldata teavet hankemenetluse kohta, ei saa välismaised pakkujad hankemenetlusest teada ning järelikult ei tea nad sellest osa võtta, samuti seda vaidlustada, kuigi eeskätt on avalikustamise kohustuse täitmata jätmine neile kahju tekitanud. Seetõttu võivad esmasele õigusele tugineda ka tellija koduriigi ettevõtjad: eesmärk läbipaistva ja piireületava konkurentsi loomiseks oleks ohus, kui kodumaised

⁶⁵ Bayer, lk 11

⁶⁶ Selliseid riigihankejuhtumeid on käsitletud käesoleva magistr töö teises peatükis.

⁶⁷ Braun; Hauswaldt, lk 177

⁶⁸ EK 21.07.2005. a otsus kohtuasjas C-231/03 p 4–8, 17, 19, 28: EKL 2005, lk I-07287

⁶⁹ Kohtujurist Stix-Hackel 12.04.2005. a ettepanek kohtuasjas C-231/03 p 27: EKL 2005, lk I-07287

ettevõtjad, kes primaarõiguse rikkumisest teada saades sellele ise toetuda ei saaks, vaid peaksid jääma lootma vähetõenäolisele välismaise isiku kaebusele. Kodumaistel pakkujatel peab seega samuti olema õigus lähtuda esmasest õigusest⁷⁰. Vastupidine järeldus põrkuks EÜ asutamislepingu artiklis 10 oleva efektiivsusnõude vastu, mille kohaselt tuleb kasutada kõiki abinõusid ühenduse õiguse tagamiseks ja selle eesmärkide saavutamiseks⁷¹. Braun ja Hauswaldt tõdevad kokkuvõtvalt, et riigihankeõiguses ei ole enam kohta vaid riigisisestele asjaoludele, millele esmase õiguse vabadused ei laieneks⁷². Seega piisab riigihangete puhul piiriülese mõju olemasoluks sellest kui esineb teise liikmesriigi ettevõtja kahjustamise võimalus⁷³. Seetõttu on pea kõikidel riigihanke juhtumitel võimalik väita piiriülese mõju olemasolu ja sellest johtuvalt kohaldada ühenduse õigust. Kohus on tunnistanud vaid üht erandit, s.o kui hanke maksumus on väga madal ning suure tõenäosusega ei ole välismaistel ettevõtjatel hanke vastu huvi. Sellisel juhul jääb hanke mõju vabadustele liiga juhuslikuks ja kaugeks⁷⁴.

1.2. Teisene õigus

1.2.1. Teisese riigihankeõiguse kujunemine

Vajadus teisese riigihankeõiguse järele tekkis juba 1960. aastatel, kui hakati välja töötama esimesi koordineerimisdirektiive⁷⁵. Püüe suunata liikmesriike lõpetama proteksionistlik kodumaiste ettevõtjate eelistamine ja avama turud teiste liikmesriikide ettevõtjate kaupadele ja teenustele avaldub juba enne koordineerimisdirektiive vastu võetud programmides ja õigusaktides⁷⁶. Nagu on märgitud Euroopa Komisjoni juhtnõoris teenuslepingute direktiivi kohta, ei saanud eeldada, et üksnes EÜ asutamislepingust liikmesriikidele tulenev kohustus kõrvaldada kõik teiste liikmesriikide ettevõtjatele teenuste ja kaupade pakkumiseks seatud

⁷⁰ Braun; Hauswaldt, lk 177

⁷¹ Kohtujurist Stix-Hackel 12.04.2005. a ettepanek kohtuasjas C-231/03 p 54: EKL 2005, lk I-07287

⁷² Braun; Hauswaldt, lk 177

⁷³ Siin esineb analoogia direktiivi rakendamisega, milleks võib samuti välismaine mõju olla väga kaudne, vt EK 25.04.1996.a otsus kohtuasjas C-87/94 p 33: EKL 1996, I-02043; samuti kohtujurist Lenzi 12.09.1995.a ettepanek kohtuasjas C-87/94 p 24: EKL 1996 I-02043

⁷⁴ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen. Kommission 23.06.2006 COM

⁷⁵ Euroopa Parlamendi ja majandus- ja sotsiaalkomisjoni arvamused esimese ehitustöö riigihankedirektiivi 71/305/EMÜ suhtes võeti vastu 1965. aastal.

⁷⁶ Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit; Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs; Direktiivid 64/427/EMÜ, 64/429/EMÜ, 71/304/EMÜ ja 70/32/EMÜ

piirangud, võiks riigihangete valdkonnas viia tõelise siseturu tekkimisele. Pigem oli oodata, et liikmesriikides kehtivad erinevad õigusnormid seavad takistusi siseturu tekkimisele. Seetõttu vajati ühenduse õigusnorme, et kindlustada teiste liikmesriikide ettevõtjatele liikmesriigi enda ettevõtjatega riigihangetes osalemiseks võrdsed võimalused⁷⁷. Kohtujurist Tizzano on kujukalt kirjeldanud direktiivide olemust ja kujunemist. Tema väitel hõlmavad direktiivid äratuntavalt regulatsioone, mis peavad riigihangete valdkonnas hoolitsema asutamisvabaduse ja teenuste liikumise vabaduse ellu viimise eest. Kõikidele ühenduse ettevõtjatele garanteeritakse riigihangetest osavõtmine absoluutselt võrdsetel tingimustel ning täiesti avalikult. Nagu teistes sektorites muutus ka riigihangetes siseturu saavutamiseks vajalikuks regulatsioon, mis läheks kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelust kaugemale ning puudutaks aspekte, mis soodustaksid ettevõtjate juurdepääsu ja osalust riigihangetes. Selliselt järgnes riigihangetes sammsammuline üleminek napilt regulatsioonilt (nagu see oli esimestes riigihanke koordineerimisdirektiivides) täpsemale, põhjalikumale ja eelkõige tunduvalt mahukamale regulatsioonile⁷⁸.

1971. aastal võeti vastu ehitustööde riigihankedirektiiv, millele järgnes 1976. aastal kaupade tarne koordineerimisdirektiiv⁷⁹.

Koordineerimisdirektiivid olid oma ülesehituselt ja sisult sarnased. Direktiivides nähti ette ühtsed nõuded tellitavate ehitustööde ja kaupade tehnilistele kirjeldustele, hankemenetluse teatistele, pakkujate kvalifitseerimise dokumentidele ja pakkumiste hindamise tingimustele. Direktiivi sätetega kohustati tellijaks olevat riigi- ja kohaliku omavalitsuse asutust või muud avalikke funktsioone täitvat isikut esitama hankedokumentides ehitustöö või kauba tehnilised tingimused. Seejuures keelati need tingimused, mis viitasid toote kindlale päritolule või muudele spetsiifilistele omadustele (eriti kaubamärkidele, patentidele ja tüüpidele), millega võib teatud ettevõtjad seada eelistatud olukorda. Tellijaid kohustati avaldama hanketeade direktiivis märgitud piirmäära ületavate hangete kohta Euroopa Ühenduse Teatajas ja mitte jätma pakkujatele pakkumiste esitamiseks vähem aega kui direktiivis ette

⁷⁷ Europäische Kommission "Öffentliches Auftragswesen in der Europäischen Union. Leitfaden zu den Gemeinschaftsvorschriften über öffentliche Dienstleistungsaufträge Richtlinie 92/50/EWG" interneti teel kättesaadav aadressil http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/guidelines_de.htm

⁷⁸ Kohtujurist Tizzano ettepanek 28.06.2001 kohtuasjas C-92/00 p 19: EKL 2002, lk 05553

⁷⁹ Direktiiv 77/62/EMÜ

nähtud. Samuti anti direktiivides loetelu andmetest, mis tuli hanke kohta avaldada. Hankemenetlus nähti ette kaheastmelisena: esiteks pakkujate kvalifikatsiooni kontrollimine, lähtudes direktiivis toodud pakkujate majanduslikku, finantsilist ja tehnilist suutlikkust tõendavatest andmetest, ja seejärel tellija nõuetele vastavate pakkumiste hindamine, kas üksnes madalaima hinna või mitme erineva kriteeriumi (nt hind, töö tegemise aeg, rentaablus, tehniline väärtus) alusel, juhul kui kasutatakse majanduslikult soodsaima pakkumise kriteeriumit. Viimati nimetatud hindamiskriteeriumi valimise korral kohustati tellijat pakkumise teates või kutsedokumentides nimetama kõik hindamistingimused, mida silmas peetakse, ja võimaluse korral nende tähtsuse järjekorras.

Esimestes koordineerimisdirektiivides nähti hankemenetluse liikidena ette avatud menetlus, mille puhul võivad kõik hankest huvitatud ettevõtjad oma pakkumised esitada otse, ja piiratud menetlus, kus pärast taotluste läbivaatamist saavad pakkumisi esitada vaid tellija poolt pakkumiste esitamisele kutsutud ettevõtjad. Direktiivides oli loetletud rida erandjuhtumeid (kiireloomulised ettenägematud tööd, salajaste andmetega seotud tööd jne), mille puhul enamikku direktiivis ettenähtud eeskirjadest täitma ei pidanud. Erandjuhtumite ulatuslik loetelu sai peagi direktiivide muutmise põhjuseks. Hankereeglitest kinnipidamise vältimiseks hakkasid tellijad sageli tuginema erandjuhtudele, mil enamiku hankereeglite täitmine polnud kohustuslik. Selle probleemi lahendamiseks muudeti direktiive⁸⁰, võttes kasutusele uue paindliku hankemenetluse, s.o läbiväärtusmenetluse, mille kasutamise võimalus jäi küll piiratuks.

1985. aastal andis Euroopa Komisjon välja valge raamatu⁸¹, mille järgi tuli siseturu loomist taotlev eesmärk saavutada 1992.a lõpuks. Selles käsitleti ka riigihankeid. Valges raamatus rõhutati, et riigihangete puhul oli endiselt märgatav tendents, kus ametkonnad hoidsid tellimusi oma riigi ettevõtjatele. Statistika näitas riigihangete avamisel direktiivide nõrka mõju konkurentsile. Jätkuv rahvuslike turgude suletus riigihangetes oli Euroopa Komisjoni hinnangul üks peamisi takistusi tõelise siseturu saavutamiseks. Riigihangetega seotud probleemidest toodi välja asjaolu, et palju

⁸⁰ Direktiiviga 89/440/EMÜ muudeti direktiivi 71/305/EMÜ ja direktiiviga 88/295/EMÜ direktiivi 77/62/EMÜ

⁸¹ European Commission, Completing the internal market: white paper from Commission to the European Council (Milan, 28-29.june 1985) /COM/85/0310/FINAL

hankeid jäi alla piirmäära, mistõttu ette nähtud hankereegleid ei rakendatud. Valges raamatus toodi ka välja neli olulist valdkonda, s.o energeetika-, transpordi-, vee- ja telekommunikatsioonivaldkond, mis olid direktiividega katmata. Nii neis valdkondades kui ka teenuste osas nähti ette välja töötada regulatsioonid ning selleks vajalik tegevusprogramm ja ajakava.

Valgest raamatust ajendatuna võttis Euroopa Liidu Nõukogu 1990. aastal vastu direktiivi veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektori tellijate hankemenetluste kohta⁸² (esimese nn sektoridirektiivi)⁸³ ja 1992. aastal teenuste riigihanke koordineerimise direktiivi⁸⁴.

Koordineerimisdirektiivides polnud sätteid hankemenetluste reeglitest kinnipidamise tagamiseks. Seetõttu võttis Euroopa Liidu Nõukogu 1989. ja 1992. aastal vastu õiguskaitse direktiivid: esimese neist nn klassikaliste⁸⁵ ja teise sektori tellijate⁸⁶ jaoks. Direktiividega seati liikmesriikidele kohustuseks luua süsteem, millega kõik tellija otsused, mis on vastuolus ühenduse ja seda rakendava siseriikliku õigusega, vaadataks tõhusalt ja kiirelt läbi.

Esimesed koordineerimisdirektiivid ei toonud siiski kaasa sellisel määral hanketurgude avamist, nagu neilt oodati. Ühelt poolt ei näinud direktiivid ettevõtjaile ette piisavaid garantiisid, samuti oli neis arvukalt lünki, mida tellijad riigihangetes juurdunud proteksionistlikel kaalutlustel ohtralt ära kasutasid. Direktiivide täiendamise ja muutmisega⁸⁷ üritati neid puudusi kõrvaldada. 1990. aastatel vastu võetud direktiivid⁸⁸ kujutavadki endast esialgsete ehitustöö ja kaupade tarne direktiivide muudatuste kodifitseerimist, samuti kaupade tarne direktiivis regulatsioonide ühtlustamist aasta varem välja antud teenuste koordineerimisdirektiivi ja ehitustööriigihanke direktiivi rangemate ja detailsemate eeskirjadega. Muudatuste kodifitseerimist uutesse direktiividesse peeti oluliseks selleks, et luua selge ja üheselt

⁸² Direktiiv 90/531/EMÜ

⁸³ Direktiivi kehtivusaeg jäi lühikeseks, kuna juba 14. juunil 1993. a anti välja uus sektoridirektiiv 93/38/EMÜ

⁸⁴ Direktiiv 92/50/EMÜ

⁸⁵ Euroopa Liidu Nõukogu direktiiv 89/665/EMÜ kaupade tarne ja ehituse riigihanke järelkontrollimenetluse õigus- ja haldusnormide koordineerimise kohta

⁸⁶ Direktiiv 92/13/EMÜ

⁸⁷ Direktiivi 71/305/EMÜ muudeti direktiiviga 89/440/EMÜ ja direktiivi 77/62/EMÜ direktiiviga 89/295/EMÜ, seda eelkõige menetluste läbipaistvuse, informatsioonikohustuse ja konkurentsitingimuste suurendamise kaudu.

⁸⁸ Direktiivid 93/37/EMÜ ja 93/36/EMÜ

mõistetav tekst⁸⁹. Uued direktiivid kujutasid endast pelgalt direktiividest ja nende muudatustest kokku sulandatud teksti, seetõttu on Euroopa Kohus uute direktiivide tõlgendamisel lähtunud neile eelnenud direktiivide analoogsete artiklite tõlgendustest⁹⁰.

Neli koordineerimisdirektiivi⁹¹ olid oma eesmärkidelt ja sisult sarnased. Kohtujurist Saggio sõnul kuulusid direktiivid ühtsesse ja homogeensesse normisüsteemi⁹². Direktiivide sarnasus tingis kohtu poolt nende ühetaolise tõlgendamise⁹³. Erinevate koordineerimisdirektiivide sarnasus ja ühetaoline tõlgendamine viis regulatsiooni lihtsustamise eesmärgil klassikalise sektori direktiivide ühte direktiivi sulandamisele 2004. aastal⁹⁴. Sektorihangete koordineerimisdirektiiv võeti endiselt vastu eraldiseisvana⁹⁵. Direktiivide loomisel võeti arvesse Euroopa Kohtu pretsedendiõigust ja loodi uusi hanke läbiviimise võimalusi.

1.2.2. Koordineerimisdirektiivid kui mitteammendavad õigusallikad

Subsidiaarsuse printsiibist lähtuvalt eelistatakse ühenduse õiguse kujundamisel direktiive määrustele. Kuigi direktiivid on saavutatava tulemuse poolest liikmesriikidele siduvad, jätavad need riikide ametiasutustele vormi ja meetodi valiku. Seeläbi respektieritakse liikmesriikides kinnistunud korda ning õigussüsteemide korraldust ja toimimist⁹⁶.

Subsidiaarsuse printsiipi arvestades on riigihankeõigus kehtestatud valdavalt direktiividena⁹⁷. Määrustega on reguleeritud riigihangete klassifikaator⁹⁸ ja piirmäärad⁹⁹.

⁸⁹ Robert, D. Europäische Kommission "Leitfaden zu den Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe von öffentlichen Lieferaufträgen mit Ausnahme von Aufträgen in Bereichen Wasser- und Energieversorgung, Verkehr und Telekommunikation. Richtlinie 93/36/EWG", s 8-9; "Leitfaden zu den Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen mit Ausnahme von Aufträgen in Bereichen Wasser- und Energieversorgung, Verkehr und Telekommunikation. Richtlinie 93/37/EWG", s 11-12

⁹⁰ EK 27.11.2001. a otsus kohtuasjas C-285/99 ja C-286/99 p 41,50; EKL 2001, lk I-09233

⁹¹ 92/50/EMÜ, 93/36/EMÜ, 93/37/EMÜ ja 93/38/EMÜ

⁹² Kohtujurist Saggio 25.03.1999. a ettepanek kohtuasjas C-27/98 p 8; EKL 1999, lk I-05697

⁹³ EK 17.09.2002. a otsus kohtuasjas C-513/99 p 89–91; EKL 2002, lk I-07213; EK 16.10.2003. a otsus kohtuasjas C-244/02 p 34–35; EKL 2003, lk I-12139

⁹⁴ Vt ka Europäische Kommission Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge (2002/C 203 E/31) KOM (2002) 235 endg – 2000/0115/COD)

⁹⁵ Direktiiv 2004/17/EÜ

⁹⁶ Protokoll (nr 30) subsidiaarsuse ja proportsionaalsuse põhimõtte kohaldamise kohta p-d 6 ja 7. Amsterdami leping. Konsolideeritud lepingud. Eesti Õigustõlke Keskus, 1998

⁹⁷ Mader, lk 331

⁹⁸ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus nr 2195/2002; muudetud Euroopa Komisjoni määrusega nr 2151/2003.

Direktiivide põhjenduste järgi tuleb koordineerimise käigus nii palju kui võimalik arvestada liikmesriikides kehtivaid menetlusi ja halduspraktikaid¹⁰⁰. Koordineerimisdirektiivide eesmärgiks on lähendada ja ühtlustada erinevates liikmesriikides kasutatavaid riigihankemenetlusi. Seega tuleb liikmesriikidel oma siseriiklikke riigihankemenetlusi direktiivi nõuete järgi kohendada, aga mitte nendest loobuda.

Seejuures ei puuduta direktiividega taotletav liikmesriikide hankemenetluste kooskõlastamine kõiki riigihanke aspekte. Nagu Euroopa Kohus on märkinud, ei loo direktiiv terviklikku ja ammendavat ühenduse õigust, vaid liikmesriikidele jääb ühenduse õigust ning eelkõige EÜ asutamislepingu vabadustest tulenevaid keelde arvestades võimalus säilitada ja vastu võtta riigihankealaseid materiaals- ja menetlusõiguslikke norme¹⁰¹. See tuleneb juba asjaolust, et siseturu valdkonnas on liikmesriikidel ja Euroopa Liidul jagatud pädevus, mis tähendab, et liikmesriigid teostavad oma pädevust niivõrd, kuivõrd Euroopa Liit ei ole oma pädevust teostanud¹⁰². Järelikult on liikmesriigil võimalik nendes osades, mida direktiiv ei reguleeri, kujundada riigihankeõigust iseseisvalt. Samas ei ole õigusloomevabadus piiramatu. Kohtujurist Leger märgib: "...liikmesriikidele jääb direktiivide ülevõtmisel teatav mängumaa. Liikmesriigi vabadus piirneb ühelt poolt direktiivide eesmärgi ja teisalt ühenduse õiguse üldiste põhimõtetega"¹⁰³. Seega tuleb liikmesriikidel riigihankeõiguse loomisel, iseäranis osades, mida direktiiv ei reguleeri, pöörata tähelepanu esmase õiguse vabadustele ja põhimõtetele, s.o võrdsele kohtlemisele, mittediskrimineerimisele ja läbipaistvusele¹⁰⁴. Viimaste sisustamisel saab abiks olla asjakohane Euroopa Kohtu pretsedendiõigus.

Teatud juhtudel on liikmesriigid aga täiendavaks reguleerimiseks suisa kohustatud, näiteks sätted, mis puudutavad pakkuja poolt sotsiaalkindlustusmaksete ja muude

⁹⁹ Komisjoni määrus nr 1874/2004

¹⁰⁰ Vt direktiivide 2004/18/EÜ põhjenduse p 3; 93/36/EMÜ põhjenduse p 6, 93/37/EMÜ põhjenduse p 3 jne

¹⁰¹ EK 20.09.1998. a otsus kohtuasjas C-31/87 p 20: EKL 1988, lk I-04635

¹⁰² Laffranque, lk 110

¹⁰³ Kohtujurist Legeri 11.11.2004. a ettepanek ühendatud kohtuasjades C-21/03 ja C-34/03 p 34–35: EKL 2005, lk I-01559

¹⁰⁴ Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlament und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentliche Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge (2002/C 203 E/31) KOM (2002) 236

maksukohustuste täitmist, nõuavad liikmesriikidelt nende kohustuste täpsustamist riigisisiseses õiguses¹⁰⁵.

1.2.3. Koordineerimisdirektiivide olemus

Riigihanke koordineerimisdirektiivide vastuvõtmise ajendiks on olnud vajadus täpsustada esmasest õigusest pärit keeldusid kaupade ja teenuste vaba liikumise takistamiseks. Selleks nähti direktiivides ette ühtsed hankereeglid. Need reeglid on üle võetud liikmesriikide õigusest. Erinevate liikmesriikide hankereeglite ühtlustamise ja täiendamise teel sooviti luua kõikides liikmesriikides ühtne hankemenetluste kord, milles peetaks silmas ettevõtjate võrdset ja läbipaistvat kohtlemist¹⁰⁶. Direktiivi sätete ülevõtmine siseriiklikku õigusesse peaks kujundama viimase selliseks, mis hoiab ära teise liikmesriigi ettevõtja diskrimineeriva kohtlemise. See aga aitab omakorda kaasa kaupade ja teenuste vaba liikumise ning asutamisvabaduse elluviimisele. Seetõttu peab kohus juhtudel, kui on rikutud direktiivi nõudeid, samaaegselt rikutuks ka EÜ asutamislepingu sätteid. Kui esineb vastuolu direktiiviga ei kontrolli kohus enam EÜ asutamislepingu rikkumist¹⁰⁷.

Direktiivi alusel loodud õigus on rakendatav ka hangetele, milles välismaised ettevõtjad ei osale¹⁰⁸. Direktiivid teenivad koordineeritud riigihankemenetluste juurutamise eesmärki, olenemata sellest, kas konkreetse lepingu puhul piireületav element eksisteerib või ei. Olukord, kus leping võib ka tühisele osale välismaistest ettevõtjatest huvi pakkuda, ei ole piisav põhjus selleks, et jätta direktiiv kohaldamata¹⁰⁹. Direktiivist üle võetud õigust võib seega probleemivabalt rakendada kõigile riigihankejuhtumitele, mis ületavad riigihanke piirmäära, olenemata teiste liikmesriikide ettevõtjate, nende kaupade või teenuste puutumisest¹¹⁰. Järelikult eeldatakse teatavast hanke maksumusest alates, et välismaistel ettevõtjatel võib selle vastu huvi olla.

¹⁰⁵ EK 09.02.2006. a otsus liidetud kohtuasjades C-226/04 ja C-228/04 p 25: kohtulahendite kogumikus avaldamata

¹⁰⁶ Vt EK 17.11.1993. a otsus kohtuasjas C-71/92 p 33: EKL 1993, lk I-05923; direktiivi 77/62/EMÜ esimene ja teine põhjendus.

¹⁰⁷ EK 17.11.1993. a otsus kohtuasjas C-71/92 p 43: EKL 1993, lk I-05923

¹⁰⁸ EK 25.04.1996. a otsus kohtuasjas C-87/94 p 33: EKL 1996, lk I-2043

¹⁰⁹ Kohtujurist Mischo 18.04.2002. a ettepanek kohtuasjas C-411/00 p 28: EKL 2002, lk I-10567

¹¹⁰ Kohtujurist Mischo 18.04.2002. a ettepanek kohtuasjas C-411/00 p 28: EKL 2002, lk I-10567; kohus on küll sama tunnistanud juba ka esmase õiguse osas, mida on eespool käsitletud

Vaatamata asjaolule, et riigihankedirektiivide puhul ei ole tegemist ammendava õigusega, ei saa sellest järeldada, et direktiivid ei sisaldaks paiguti väga täpseid regulatsioone. Teatud osades ühtlustavad riigihankedirektiivid hankemenetluse lõplikult¹¹¹. Bayer märgib, et kohati väljuvad direktiivi vägagi detailsed sätted selgelt vaid riigihankemenetluse kooskõlastamiseks vajaliku raamistiku loomisest. Kohtuasjas Beentjes pidas kohus ehitustööde riigihanke direktiivi sätted, milles käsitletakse pakkuja kvalifitseerimist, hindamiskriteeriume, kriteeriumite avaldamist ja tõendusmaterjale, nii täpseks, et üksikisik saab neile sätetele rahvuslikes kohtutes otse tugineda¹¹².

Ka ebatavaliselt madala maksumusega pakkumise kohta käivaid sätteid on kohus lugenud piisavalt täpseks, et üksikisikud võivad sellele toetuda ja liikmesriigi halduskandjad, sh kohalikud omavalitsused, peavad sätet otse rakendama¹¹³. Seoses riigihankedirektiividega on kohati üles tõstetud koguni küsimus, kas sobivamaks vormiks selle õiguse kujundamisel poleks hoopis ühenduse määrused, mis oleksid otsekohaldatavad¹¹⁴. Seega on Euroopa Kohus omistanud riigihankedirektiividele kohati määrustega sarnase vahetu kohaldamise.

1.3. Kokkuvõtvad järeldused

- 1 Ühenduse riigihankeõiguse aluseks on EÜ asutamislepingu sätted siseturu toimimist tagavate vabaduste, s.o kaupade ja teenuste vaba liikumise ning asutamisevabaduse kohta.
2. Siseturvabadustest on Euroopa Kohus edasi arendanud riigihankepõhimõtted, s.o võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise, konkurentsi tagamise ja läbipaistvuse põhimõtte.
3. Siseturvabaduste ja riigihankepõhimõtete olulisus ilmneb teisese riigihankeõiguse tõlgendamisel. Riigihankedirektiive tuleb tõlgendada vabaduste ja neist edasi arendatud riigihankepõhimõtete valguses.

¹¹¹ Kohtujurist Stix-Hackeli 01.07.2004. a ettepanek kohtuasjas C-247/02 p 49: EKL 2004, lk I-09215

¹¹² EK 20.09.1988. a otsus kohtuasjas C-31/87 p 44: EKL 1988, lk I-4635; üksikisiku õigusest tugineda direktiivile vt ka EK 26.02.1986. a otsus kohtuasjas C-152/84 p 46: EKL 1986, lk I-723

¹¹³ EK 22.06.1989. a otsus kohtuasjas C-103/88 p 32: EKL 1989, lk I-01839

¹¹⁴ Bayer, lk 8–9

4. Teiseses riigihankeõiguses olevad lüngad tuleb täita siseturu vabaduste ja riigihankepõhimõtete abil.
5. Riigihankedirektiive tuleb tõlgendada ja neis leiduvaid lünki täita lisaks siseturvabadustele ka EÜ asutamislepinguga ühendusele seatud keskkonna- ja sotsiaalkaitse eesmärgi arvestades.
6. Riigihankedirektiivi alusel loodud riigihankeõiguse tõlgendamisel tuleb lisaks direktiivile arvestada ka siseturvabaduste ja riigihankepõhimõtetega.
7. Siseturvabadusi ja riigihankepõhimõtteid tuleb arvestada alla ühenduse piirmäära riigihangete, teenuse kontsessioonide ja direktiivides käsitlemata hankemenetluse etappide läbiviimisel.
8. Esmase õiguse kohaldamiseks vajaliku piiriülese mõju olemasoluks riigihangetes piisab teise liikmesriigi ettevõtja õiguste riivamise võimalusest.
9. Riigihankedirektiivid ei loo ammendavat ühenduse õigust, liikmesriikidel on siseturvabadusi ja riigihankepõhimõtteid arvestades võimalus säilitada või luua oma riigihankeõigust.
10. Riigihanke koordineerimidirektiivid kujutavad endast kaupade ja teenuste vaba liikumist ja asutamisvabadust täpsustavaid reegleid riigihangete valdkonnas.
11. Riigihankedirektiivide alusel loodud õiguse kohaldamine ei sõltu piireületava mõju olemasolust.
12. Teatud osades ühtlustavad direktiivid riigihankereeglid lõplikult. Neis osades võivad isikud direktiivile otse tugineda ning tellijad on kohustatud direktiivi vahetult rakendama.

2. Põhivabaduste mõju riigihankeõigusele

2.1. Kaupade vaba liikumine

2.1.1. Kaupade vaba liikumise olemus ja seos riigihangetega

Kaupade vaba liikumise sätted on kirjas EÜ asutamislepingu artiklis 28 ja sellele vahetult järgnevatel artiklites. Artiklis nimetatud kaupade all peetakse silmas kõiki tooteid, millel on rahaline väärtus ning mis võivad olla äritehingute objektiks¹¹⁵. Tooteid kaitstakse, kui need pärinevad liikmesriikidest või ka kolmandatest riikidest, kui need käibivad liikmesriikides tollivabalt.

Kaupade vaba liikumise piirangutena eristatakse koguselisi piiranguid ja koguseliste piirangutega samaväärse toimega meetmeid. Euroopa Kohus mõtestas koguseliste piirangute ja samaväärse toimega meetmete mõisted lahti kohtuasjas *Geddo*: koguseliste piirangutena tuleb käsitleda meetmeid, mis vastavalt olukorrale kujutavad endast täielikku või osalist sisse-, välja- või läbiveo keeldu; samaväärse toimega meetmete hulka kuuluvad muud takistused, olenemata nende tähistamisest või kasutamiseviisist, millel on sama tagajärg mis koguselistel piirangutelgi¹¹⁶. Kohtuasjas *Dassonville* täpsustas kohus samaväärsete piirangute sisu: koguselise piiranguga samatoimelise meetmena on käsitletav liikmesriigi iga kaubanduseeskiri, mis on sobiv ühendusesisest kaubandust otseselt või kaudselt, tegelikult või potentsiaalselt piirama¹¹⁷.

Mida meetme all silmas peetakse, on kirjeldatud Euroopa Komisjoni direktiivis¹¹⁸. Direktiivi kohaselt on meetmeteks õigusnormid, haldustavad ja avaliku võimu väljaantud juriidilised dokumendid, sealhulgas soovitused. Haldustava all mõeldakse haldusorganite antud õigusnorme ja regulaarselt järgitavaid menetlusi¹¹⁹. Seejuures võib haldustavana vaadelda ka tegevusetust, s.o olukorda, kus ametkonna võimuses

¹¹⁵ EK 10.12.1968. a otsus kohtuasjas 7-68 B 1 lõik 2: EKL 1968

¹¹⁶ EK 12.07.1973. a otsus kohtuasjas 2-73 p 7: EKL 1973, lk I-00865

¹¹⁷ EK 11.07.1974. a otsus kohtuasjas 8-74 sissejuhatuse p 1, p 5: EKL 1974, lk I-00837

¹¹⁸ Direktiiv 70/50/EMÜ

¹¹⁹ Direktiiv 70/50/EMÜ põhjenduse lõigud 1–2

on võtta tarvitusele abinõud kaupade vaba liikumise takistuste kõrvaldamiseks, kuid ametkond seda ei tee¹²⁰.

Meetme lai tähendus on viinud selleni, et ka riigihankemenetluses tellija otsuseid, mis avaldavad kaupade sissetoomiseks piiravat mõju, peetakse samaväärse toimega meetmeteks artikli 28 tähenduses. Kuna kaupade vaba liikumise puhul ei rakendata *de minimus* reeglit¹²¹, võib kaupade kogusest olenemata ning ka ühes riigihankemenetluses teise liikmesriigi kaupadele piirangute seadmist vaadelda samaväärse toimega meetmena.

Riigihankejuhtumites artiklile 28 tuginemiseks ei pea seejuures piirangute rakendajaks olema vaid riigiasutus. Et toetuda artikli 28 keelule, võivad piirangud tuleneda erinevatelt õigussubjektidelt, keda saab üldistatult lugeda avalikes huvides tegutsevate isikute hulka. Artikkel 28 on kohaldatav ka siis, kui tegemist on kohaliku omavalitsuse, avalik-õigusliku juriidilise isiku või riigi asutatud sihtasutuse rakendatud piiranguga. Viimased on küll eraldiseisvad juriidilised isikud, kuid teostavad avalikku võimu ja on riigiga nii tihedalt seotud, et neid võib käsitleda osana ühest organisatsioonist (riigist)¹²². Kuna tellijaks on riik ja avalik-õiguslikke ülesandeid täitvad muud isikud, siis on nende poolt selliste hanketingimuste seadmine, mis avaldab kaupade sisseveole piiravat mõju, vaadeldavad samaväärse toimega meetmetena. Samuti on artikli 28 keeluga vastuolus riigihangetes teiste liikmesriikide kaupadele seatavad piirangud, mis tulenevad otse riigi õigusaktidest.

Riigihangete seisukohalt on oluline juhtumist Cassis de Dijon välja kasvanud kohtupraktika. Juhtumis Keck märkis kohus Cassis de Dijoni kaasusele¹²³ viidates, et koguseliste piirangutega samaväärse toimega meetme definitsiooni alla mahuvad ka kaupade vaba liikumise takistused, mille on põhjustanud ühtlustamata õigusnormid. Need on juhtumid, kus ühtedes liikmesriikides õiguspäraselt toodetud ja käibesse lastud kaubad peavad teistes liikmesriikides käibimiseks vastama teatud normidele (nt

¹²⁰ Mitteilung der Kommission – Vademekum über öffentliche Auftragswesen in der Gemeinschaft Anhang III Begriff der Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige beschränkungen

¹²¹ Leitfaden zum Konzept und zur Praktischen anwendung der Artikel 28–30 EG-Vertrag. Januar 2000. DG Binnenmarkt, s 7.

¹²² Mitteilung der Kommission – Vademekum über öffentliche Auftragswesen in der Gemeinschaft Anhang III Begriff der Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige beschränkungen

¹²³ EK 20.02.1979. a otsus kohtuasjas 120–79: EKL 1979, lk I–0649

kauba märgistuse, vormi, kaalu, mõõdu, välimiku, koostise, etiketi või pakendi poolest)¹²⁴. Välismaiste toodete tõrjumise võimaluse annab siin asjaolu, et nende tootmisel on lähtutud üldjuhul koduriigi ja mitte teise liikmesriigi normidest. Juhtumist on välja arendatud vastastikuse tunnustamise põhimõtte, s.o kohustus tunnustada teises riigis õiguspäraselt toodetud ja turule lastud kaupu¹²⁵. Põhimõtte olulisus riigihangete jaoks seisneb selles, et igas kaupade tarne hankes näeb tellija ette nõuded hangitavale kaubale (tehniline kirjeldus); juhul kui nõuda hangitava kauba vastavust teatud riigisisestele normidele, võib see kujutada endast teiste liikmesriikide ettevõtjate kaupade suhtes koguseliste piirangutega samaväärse toimega meedet. Samal põhjusel pööratakse riigihangetega seoses tähelepanu ühtsetele tehnilistele normidele¹²⁶.

Juhtumist Keck korrigeeris kohus samas ka oma varasemat praktikat. Selle tingis asjaolu, et ettevõtjad hakkasid üha enam igasuguste äritegevuse piirangute juures viitama artiklile 28, sh selliste piirangute korral, mis ei olnud suunatud teistest liikmesriikidest pärit kaupade sisseveo takistamiseks. Kohus leidis, et kaupade vaba liikumise piiranguga ei ole tegemist meetmete osas, mis kehtivad kõigile (nii välis- kui kodumaistele) ettevõtjatele ühtviisi ning mõjutavad võrdselt nii kodu- kui ka välismaiste kaupade käivet¹²⁷. Sama reegel on kohaldatav ka riigihangetes. Kui riigihangetes seatakse nõudeid kaubale (näiteks selle kvaliteedile), mis mõjutavad ühel viisil nii välis- kui ka sisemaiseid kaupu, siis artikli 28 vastu eksimist ei ole.

Kaupade liikumise vabadus ei ole piiramatu: artikli 28 järgi on liikmesriigid õigustatud lubama kaupade välja-, sisse- ja läbiveo keelde ja piiranguid, kui need on õigustatud kõlbluse, avaliku korra või julgeoleku seisukohalt; inimeste, loomade või taimede elu ja tervise kaitsmiseks; kunstilise, ajaloolise või arheoloogilise väärtusega rahvusliku rikkuse või tööstus- ja kaubandusomandi kaitsmiseks. Artikli viimases lauses rõhutatakse, et neid erandeid ei tohi kuritarvitada, s.o kasutada kellegi diskrimineerimiseks või liikmesriikidevahelise kaubanduse piiramiseks.

¹²⁴ EK 24.11.1993. a otsus ühendatud kohtuasjad C-267/91 ja C-268/91 p 15: EKL 1993, lk I-6097

¹²⁵ Vt põhimõtte kohta Mitteilung der Kommission über die Auswirkungen des Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 20.02.1979 in der Rechtssache 120/78 (Cassis de Dijon) 03.10.1980

¹²⁶ Vt Europäische Kommission "Grünbuch. Das öffentliche Auftragwesen in der europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft. Mitteilung, von der Kommission am 27. November 1996 auf Vorschlag von Herrn Monti beschlossen s 42

¹²⁷ EK 24.11.1993. a otsus ühendatud kohtuasjades C-267/91 ja C-268/91 p 16–17: EKL 1993, lk I-6097

Kohtupraktikas on tunnustatud ka nn tungivad vajadused, millega saab artiklis 28 toodud keelust kõrvale kaldumist õigustada¹²⁸. Mõiste tungivad vajadused võttis kohus kasutusele kohtuasjas Cassis de Dijon. Otsuse kohaselt tuleb kaupade liikumise takistusi, mis on tingitud erinevate liikmesriikide õigusaktide lahknevusest, aktsepteerida niivõrd, kuivõrd need sätted võib tunnistada vajalikuks eelkõige fiskaalkontrolli tõhususe, rahva tervise kaitse, äritehingute aususe ja tarbijakaitse nõuete täitmisel¹²⁹.

Erandid on kohaldatavad ka riigihangetele¹³⁰. Esimese kaupade tarne riigihanke koordineerimisdirektiivi põhjenduses, nagu ka uues klassikaliste tellijate direktiivis, on eranditele viidatud¹³¹.

2.1.2. Kaupade vaba liikumisega seotud kohtupraktika

2.1.2.1. Kohtuasi Euroopa Komisjon Iirimaa vastu 45/87

Kohtuasjas Euroopa Komisjon Iirimaa vastu esitas komisjon Iirimaa peale kohtusse kaebuse, väites, et Iirimaa on ehitustöö riigihankes rikkunud EÜ asutamislepingu artiklist 28 (juhtumis art 30) tulenevaid kohustusi¹³². Kohustuste rikkumine väljendus selles, et Dundalki linnaosa veevärgi ehituse riigihanke hankedokumentides oli ette nähtud tingimus, mille kohaselt ehituses kasutatavate asbesttsemendist veetorude kohta tuleb esitada tõend, mis kinnitaks nende vastavust Iirimaal kehtivale tehnilisele normile (Iiri norm 188:1975). Riigihankes jäeti ilma põhjendusteta kõrvale ega kontrollitud ettevõtja pakkumist, milles nähti ette ISO standardile vastavate asbesttorude kasutamine ning seda vaatamata asjaolule, et ISO standard kindlustab materjali samaväärse töökindluse, -võime ja usaldusväärsuse kui Iiri norm¹³³.

Komisjoni kaebuse ajendiks oli ühe Iiri ja Hispaania ettevõtja pöördumised. Iiri ettevõtja esitas tellijale kolm alternatiivset pakkumist, millest ühes nägi ette

¹²⁸ Euroopa Kohtu presidendi 13.03.1987. a otsus kohtuasjas C-45/87R p 16: EKL 1987, lk I-01369

¹²⁹ EK 20.02.1979. a otsus kohtuasjas 120-79 p 8: EKL 1979, lk I-0649

¹³⁰ Vt kohtujurist Darmoni 21.06.1988. a ettepanek kohtuasjas C-45/87 p 42, 48–49: EKL 1988, lk I-04929

¹³¹ Direktiivi 77/62/EMÜ viies põhjendus; direktiivi 2004/18/EÜ kuues põhjendus

¹³² Ehitustöö riigihanke koordineerimisdirektiiv 71/305/EMÜ ei kuulunud kohaldamisele, kuna tegemist oli veevärgi ehitamisega, mis oli direktiivi art 3 lõikega 5 selle rakendusala välja jäetud (Rdnr 7-11). Siin ilmneb ka EÜ asutamislepingu, s.o esmase õiguse täiendav roll direktiividega reguleerimata osas.

¹³³ EK 22.09.1988. a otsus kohtuasjas C-45/87 p 1: EKL 1988, lk I-04929

Hispaanias toodetud asbesttorude kasutamise. See pakkumine oli esitatutest kõige madalama maksumusega ja ettevõtja lootis, et selle pakkumise kaudu avaneb tal võimalus hankekonkurss võita. Tellija esindaja teatas aga ettevõtjale, et hankes osalemiseks tuleb esitada tõend torude Iiri normile vastavuse kohta ja seda vaatamata asjaolule, et torud olid vastavuses rahvusvahelise ISO normiga¹³⁴.

Iiri valitsus esitas Euroopa Komisjoni kaebusele vastuväite, mille kohaselt ei saa artikkel 28 kohaldamisele kuuluda, põhjenduseks toodi, et tegemist oli ehitustöö, st (ehitus)teenuste osutamisega, ja mitte kaupade müügiga, ning seetõttu on klauslid ehitustöös kasutatavate materjalide kohta täiesti kõrvalised. Lepingud, mis puudutavad ehitustööde tegemist, kuuluvad teenuste vaba liikumist käsitlevate sätete alla ning seetõttu ei saa artiklit 28 ühelgi juhul kohaldada. Iiri valitsus viitas kohtulahendile *Ianelli & Volpi*,¹³⁵ mille kohaselt ei hõlma artikkel 28 rikkumisi, mille kohta kehtivad spetsiifilised lepingusätted¹³⁶.

Kohus selle väitega ei nõustunud. Artikli 28 eesmärgiks on kõrvaldada kõik meetmed, mis on suunatud ühendusesiseste impordivoogude takistamisele, hoolimata sellest, kas need meetmed puudutavad sissetoodavaid kaupu otseselt või takistavad nad kaudselt importi teistest liikmesriikidest¹³⁷. Kohtujurist Darmon märgib oma ettepanekus, et ka kohtu varasem praktika osutab sellele, et artikli 28 keelu alla on püütud hõlmata võimalikult paljud sisseveopiirangud¹³⁸. Seega tuleb artikli 28 kaitseala tõlgendada võimalikult laiana.

Kohus leidis, et Iiri Valitsuse poolt esile toodud teenuste vaba osutamist puudutavad sätted ei hõlma mingeid spetsiifilisi norme kaupade vaba liikumise takistuste osas. See, et ehitustöö tegemine on seotud teenustega, ei saa kaasa tuua tagajärge, millega välistatakse kasutatavatele materjalidele seatud piirangud artikli 28 keelu alt¹³⁹.

Seega on kaupade vaba liikumist puudutavad sätted kohaldatavad ka ehitustöös kasutatavatele materjalidele. Kui tellija seab ehitustöö käigus tarnitavatele materjalidele piiranguid, mis takistavad teiste liikmesriikide kaupade sissevedu, kujutab see endast artikli 28 rikkumist. Seda on kohus hiljem kinnitanud ka

¹³⁴ EK 22.09.1988. a otsus kohtuasjas C-45/87 p 4: EKL 1988, lk I-04929

¹³⁵ EK 22.03.1977. a otsus kohtuasjas 74/76: EKL 1977, lk I-557

¹³⁶ EK 22.09.1988. a otsus kohtuasjas C-45/87 p 14-15: EKL 1988, lk I-04929

¹³⁷ EK 22.09.1998. a otsus kohtuasjas 45/87 p 16: EKL 1988, lk 04929

¹³⁸ Kohtujurist Darmoni 21.06.1988. a ettepanek kohtuasjas C-45/87 p 18: EKL 1988, lk I-4929

¹³⁹ EK 22.09.1998. a otsus kohtuasjas 45/87 p 17: EKL 1988, lk 04929

kohtuasjades Storebaelt¹⁴⁰ ja Euroopa Komisjon Austria vastu¹⁴¹. Siit võib edasi järeldada, et ka juhul, kui teenuste osutamiseks kasutatakse mingeid tooteid, ei tohi tellija esitada toodetele nõudeid, mis võivad seada takistusi välismaiste kaupade kasutamiseks, vastasel korral võidakse minna vastuollu lepingu artikliga 28.

Teise küsimusena kontrollis kohus, kas tingimus asbesttorude vastavusest Iiri normile võis takistada torude sissevedu Iirisse¹⁴². Iiri valitsus väitis, et riigihankes seatav tingimus torude vastavusest Iiri normile ei saa kaupade sissevedu takistada, kuna selline nõue ei ole käsitletav kaubandusreeglina juhtumi Dassonville mõttes. Kohtujurist väidab vastu, et ka kaupade sissevedu piiravad praktikad kuuluvad artikli 28 keelu alla. Pealegi tähendaks tarnitava toodangu Iiri normile vastavusse viimine seda, et tootmist tuleks muuta ja selle tulemusena loobuda koduriigis õiguspäraselt toodetud toodangu müügist. Ning see asjaolu langeb nimelt kokku Cassis de Dijoni käsitletuga (tootele teatud riigisisestest normidest tulenevate nõuete esitamine)¹⁴³. Kohtu president märgib oma otsuses, et isegi kui ehitustöö riigihankes näib normaalne kauba vastavuse nõudmine ka teatud kindlale rahvuslikule tehnilisele normile (nagu antud juhul), et võimaldada kontrolli kasutatava materjali kvaliteedi samaväärsuse ja töökindluse üle, siis ei tohi ikkagi sellise tehnilise normi kasutamine viia selleni, et kõik need pakkumised, mis põhinevad mõnel teisel normil ja mis on tunnustatud mõnes teises riigis kui samaväärset garantiid ja töökindlust pakkuv norm, välistatakse ilma, et seda asjaolu (normi samaväärsust) kontrollitaks¹⁴⁴. Kohus jõudis otsuses veelgi kardinaalsemale järeldusele. Tingimus Iiri normi kasutamise kohta heidutab neid ettevõtjaid, kes kasutavad teiste riikide või rahvusvahelistele normidele vastavaid tooteid üldse pakkumist esitamast, ja see piirab kaupade vaba liikumist liikmesriikide vahel. Kohtu käsutuses olevatest dokumentidest nähtus, et vaid ühel ettevõtjal olid Iiri normile vastavad materjalid ning selle ettevõtja asukoht asus Iirimaal. Seega reserveeriti ehitustöodes kasutatavate torude tarnimine Iiri ettevõtjatele, mis on artikliga 28 vastuolus¹⁴⁵.

Kohtu presidendi ja kohtu väidetust tuleb selgelt ilmsiks Cassis de Dijon kohtuasjast välja kasvanud vastastikuse tunnustamise põhimõte. Selle põhimõtte järgi ei tohi

¹⁴⁰ EK 22.06.1993. a otsus kohtuasjas C-243/89 sissejuhatuse p 3: EKL 1993, lk I-03353

¹⁴¹ EK 28.10.1999. a otsus kohtuasjas C-328/90 p 69–70, 79: EKL 1999, lk I-07479

¹⁴² EK 22.09.1998. a otsus kohtuasjas 45/87 p 18: EKL 1988, lk I-04929

¹⁴³ Kohtujurist Darmoni 21.06.1988. a ettepanek kohtuasjas 45/87 p 36, 38: EKL 1988, lk I-04929

¹⁴⁴ Euroopa Kohtu presidendi 13.03.1987. a otsus kohtuasjas C-45/87R p 21: EKL 1987, lk I-01369

¹⁴⁵ EK 22.09.1998. a otsus kohtuasjas 45/87 p 19–20: EKL 1988, lk 04929

tellija näha tellitavatele või ka ehitustöös kasutatavatele kaupadele ette spetsiifilisi liikmesriigi kaupadele omaseid nõudeid, v.a juhul kui need on eranditega õigustatud. Vastastikuse tunnustamise põhimõttele tugineb ka riigihangetes kasutatav nn samaväärsuse kontseptsioon. Juhul kui tellija peab vajalikuks viidata konkreetsetele kaubamärkidele, tüüpidele, päritolule jms, tuleb lisada klausel „või sellega samaväärne“. Klausli seotusele artiklist 28 välja kasvanud vastastikuse tunnustamise põhimõttega viitab üheselt kohtuasi Euroopa Komisjon Hollandi Kuningriigi vastu. Kohus luges kohtuasjas EÜ asutamislepingu artikli 28 rikkumiseks lepingudokumentide tehnilises spetsifikatsioonis konkreetse kaubamärgi äratoomist ilma klauslita “või sellega samaväärne”. Kohus leidis samuti, et fraasi “või sellega samaväärne” ärajätmine ei tõrju kõrvale üksnes teisi samaväärseid tooteid tarnivaid pakkujaid oma pakkumist esitamast, vaid selliselt piiratakse ka importi ühendusesiseses kaubanduses. See piirav mõju väljendub turu garanteerimises neile pakkujatele, kes seda konkreetset kaubamärki kandvaid kaupu pakuvad¹⁴⁶.

Kohtulahenditest aga ei saa teha järeldust, nagu oleks riigihanke tehnilises kirjelduses igasuguste täpsemate nõuete esitamine toodetele keelatud. Artikkel 28 ei keela riigihankemenetluses tarnitavale või ehitustöös kasutatavale kaubale spetsiifiliste tingimuste esitamist, kui need on hanget arvestades asjakohased ja seda isegi siis, kui sellest peaks mõnele konkreetsele pakkujale tulenema eelisseisund¹⁴⁷. Kausaalseose olemasolule hankeobjekti ja sellele esitatavate tingimuste vahel on kohus oma lahendites viidanud, samuti asjaolule, et tingimuste täitmiseks võivad suutelised olla vaid vähesed ettevõtjad¹⁴⁸. Seega on lubatud miinimumstandardeid ületada, s.o nõuda keskmisest kvaliteetsemat kaupa¹⁴⁹. Kvaliteedi kontrollimist aga ei tohi seada sõltuvusse formaalsetest näitajatest, tellija peab kvaliteedile vastavust kontrollima sisuliselt.

Seega on välismaiste kaupade käivet piiravad riigihanke tehnilised kirjeldused artikli 28 keeluga vastuolus ning seda olenemata sellest, kas tegemist on kaupade tarne, ehitustöö või teenuse hankega.

¹⁴⁶ EK 24.01.1995. a otsus kohtuasjas C-359/93 p 23, 27, 29; EKL 1995, lk I-00157

¹⁴⁷ Weber, lk 194

¹⁴⁸ Vt lahendid EK 17.05.2002. a otsus kohtuasjas C-513/99 p 59, 86; EKL 2002, lk I-07213.

¹⁴⁹ Arrowsmith 2, Weber, lk 194 kaudu

2.2. Teenuste vaba liikumine

2.2.1. Teenuste vaba liikumise olemus ja seos riigihangetega

Teenuste vaba liikumine ja sellele seatavate piirangute keeld tuleneb EÜ asutamislepingu artiklist 49 ja sellele vahetult järgnevatest artiklitest. Sätete rakendusala on lai: keeld teenuste vabale liikumisele piirangute kehtestamiseks kehtib põhimõtteliselt kõikides ühenduse õigusvaldkondades¹⁵⁰. Selliselt kohaldatakse keeldu ka riigihangetes.

Teenustena on üldjuhul vaadeldavad tasulised tegevused, mis ei kuulu kaupade, kapitali ja isikute vaba liikumist puudutavate sätete rakendusalaske ning mis tingivad teenuse osutaja reisimise riiki, kus teenust osutatakse. Teenustena peetakse eelkõige silmas tööstuslikku, kaubanduslikku, käsitöönduslikku ja vabakutselist tegevust¹⁵¹. Teenuste mitteammendavat loetelu ja üksnes nende teenuste välistamist sätte rakendusalaske, mis on hõlmatud teiste ühenduse põhivabaduste kaitsealaske, võib põhjendada sooviga luua lünkadeta regulatsioon, kus võimalikult palju tegevusi oleks piirangute keeluga hõlmatud.

Artikli 49 kohaselt on ühenduses keelatud teenuste osutamise vabaduse piirangud liikmesriikide kodanike suhtes, kes asuvad mõnes teises ühenduse riigis kui see isik, kellele teenuseid pakutakse. Euroopa Kohtu praktika kohaselt eeldab see õigusnorm kõikide piirangute kaotamist, isegi kui need piirangud kehtivad nii liikmesriigi enda kui ka teiste liikmesriikide teenuste osutajate suhtes, kui nendega keelatakse või muul viisil takistatakse peaaesjalikult ikkagi teisest liikmesriigist pärit teenuse osutajate tegevust¹⁵². Seega hõlmab artikkel 49 oma sõnastuses selgelt otsese ja kaudse (varjatud) diskrimineerimise keeldu. Keelatud on kõikide selliste õigusnormide rakendamine, nagu ka halduspraktikad, mis piiravad või takistavad liikmesriigis teiste

¹⁵⁰ EK 17.11.1993. a otsus kohtuasjas C-71/92 p 33: EKL 1993, lk I-05923; kohtujurist Gulmanni 30.06.1993. a ettepanek kohtuasjas C-71/92 p 27: EKL 1993, I-05923

¹⁵¹ Mitteilung der Kommission –Vademekum über öffentliche Auftragswesen in der Gemeinschaft

¹⁵² Uuematest kohtulahenditest EK 13.07.2004. a otsus kohtuasjas C-262/02 p 22: EKL 2004, lk I-6569; EK 13.07.2004. a otsus kohtuasjas C-429/02 p 31: EKL 2004, lk I-6613), riigihangetega seoses EK 20.10.2005. a otsus kohtuasjas C-264/03 p 66: EKL 2005, lk I-08831

liikmesriikide ettevõtjatel teenuste osutamist ning kui teiste liikmesriikide ettevõtjaid koheldakse teisiti kui oma riigi ettevõtjaid¹⁵³.

Milliseid õigusnorme ja praktikaid piiravateks peetakse, on täpsustatud teenuste vaba osutamise piirangute keelustamise programmis.

Programmi kohaselt kuuluvad piiravate õigusnormide ja praktikate hulka muu hulgas need, mis keelavad teistest liikmesriikidest pärit isikutel teenuste osutamise, seavad teenuste osutamise sõltuvaks teenuse osutamise riigis väljastatud loa, tõendi või tunnistuse omamisest, samuti riigis viibimise ajast või katseaja läbimisest. Sama kehtib ka õigusnormide ja halduspraktikate kohta, mis välismaistele isikutele välistavad, piiravad või seavad täiendavatest tingimustest sõltuvusse teenuste osutamisega kaasnevate õiguste teostamise, eelkõige lepingute sõlmimise, pakkumiste esitamise ning otsese lepingupartneri või alltöövõtjana riigihangetes osalemise, riigilt või teistelt avalik-õiguslikelt isikutelt kontsessioonide saamise¹⁵⁴. Seega puudutab piiravate õigusnormide ja praktikate loetelu selgelt riigihankeid.

Sarnaselt kaupade vaba liikumise keeluga on ka teenuste vaba liikumise keelul erandid, s.o olukorrad, kus piirangud teenuste osutamisele on lubatud. Teenuste osutamise vabadusest lubab erandeid teha EÜ asutamislepingu artikkel 55, mis viitab asutamisevabaduse peatüki artiklitele 45–48¹⁵⁵. Artiklites nimetatud erandeid on käsitletud töö järgmises osas, mistõttu autor siin neil ei peatu.

2.2.2. Teenuste vaba liikumisega seotud kohtupraktika

2.2.2.1. Kohtuasi Rush Portuguesa 113/89

Kohtuasjas Rush Portuguesa esitas siseriiklik kohus Euroopa Kohtule küsimuse teenuste vaba liikumise kohta, täpsemalt, kas Prantsusmaal oli õigus keelata Portugalis asuval ettevõtjal tuua ehitustööde tegemiseks Prantsusmaal Portugalist

¹⁵³ Mitteilung der Kommission –Vademekum über öffentliche Auftragswesen in der Gemeinschaft

¹⁵⁴ Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs

¹⁵⁵ Erandid kehtivad ka direktiividele, vt direktiivi 92/50/EMÜ põhjenduse kaheteistkümnemes lõik

kaasa töötajad, kusjuures töötajaid rakendati vaid konkreetse tellimuse täitmiseks ning kui ehitustöö valmis sai, lahkusid nad Prantsusmaalt¹⁵⁶.

Algne kohtuasi, mille kohta siseriiklik kohtuinstants Euroopa Kohtule küsimused esitas, puudutas vaidlust Portugalis asuva ehitustöödega tegeleva äriühingu Rush Portugüsa Lda ja Prantsuse Riikliku Sisserändeameti vahel. Portugali äriühing sõlmis Prantsuse ettevõtjaga alltöövõtulepingu Lääne-Prantsusmaal asuva raudteelõigu ehitamiseks. Tööde tegemiseks tõi ettevõtja Portugalist kaasa oma töötajad. Prantsuse Töökoodeksi järgi oli aga lubatud Prantsusmaale tuua kolmandatest riikidest töötajaid vaid Riikliku Sisserändeameti loal. Kuna Portugali ettevõtjal selline luba töötajate sissetoomiseks Prantsusmaale puudus, nõudis amet äriühingult töökoodeksi rikkumise tõttu trahvi. Rush Portugüsa Lda vaidlustas trahvi määramise, tuginedes teenuste vaba liikumist puudutavatele EÜ asutamislepingu artiklitele 49 ja 50 (juhtumis artiklid 59 ja 60)¹⁵⁷.

Euroopa kohus leidis, et Portugali ettevõtjal oli õigus ehitustellimuse täitmiseks tuua Prantsusmaale oma ehitustöölisi ilma vastava eriloata. Kohus rõhutas, et selle liikmesriigi, kelle pinnal töid tehakse, ametiasutustel ei ole õigust esitada ettevõtjale mingeid tingimusi seoses tellimuse täitmiseks palgatava tööjõuga. Selliste diskrimineerivate tingimustega seataks teisest liikmesriigist pärit ettevõtja halvemasse konkurentsiolukorda võrreldes riigi oma ettevõtjatega, kellel on võimalik takistusteta oma tööjõudu kasutada. Teise liikmesriigi ettevõtja teenuse osutamise võime seevastu oma tööjõu kasutamise võimaluse kaotamisega väheneb¹⁵⁸. Kohtujurist Van Gervan viitab seoses kodumaistele ettevõtjatele majanduslike eeliste loomisega varasematele kohtulahenditele. Juhtides tähelepanu kohtuasjale Seco, toob kohtujurist välja, et esiteks kinnitati selles kohtuasjas Webb välja öeldud põhimõtet, et teenuste vaba liikumist sätestavad artiklid ei keela mitte üksnes teenuse osutaja kodakondsusel põhineva otsese diskrimineerimise, vaid ka kõik diskrimineerimise varjatud vormid, mis põhinevad näiliselt neutraalsetel kriteeriumitel, kuid toovad tegelikult kaasa sama

¹⁵⁶ EK 27.03.1990. a otsus kohtuasjas C-113/89 p 5: EKL 1990, lk I-01417; kohaldamisele ei kuulunud direktiiv 71/305/EMÜ, kuna tegemist oli alltöövõtuga ja seda ka transpordi valdkonnas, mis oli direktiivi rakendusalaast välja jäetud

¹⁵⁷ EK 27.03.1990. a otsus kohtuasjas C-113/89 p 2–4: EKL 1990, lk I-01417

¹⁵⁸ EK 27.03.1990. a otsus kohtuasjas C-113/89 p 12: EKL 1990, lk I-01417

tagajärje, mis otsene diskrimineeriminegi¹⁵⁹. Varjatud diskrimineerimiseks pidas kohus juhtumis Seco liikmesriigis asuvatele ettevõtjatele-tööandjatele seatud sotsiaalkindlustusmaksete tasumise kohustuse laiendamist ka teistes liikmesriikides asuvatele, kuid vastavas liikmesriigis teenuseid osutavatele tööandjatele, kes olid sarnased maksed juba oma töötajate eest vastavalt asukoha riigi õigusaktidele tasunud. Kohus asus seisukohale, et sellisel juhul seavad selle riigi õigusaktid, kus teenust osutatakse, täiendava majandusliku koormise nimelt teises liikmesriigis asuvate tööandjate jaoks, kes on seetõttu maksudega enam koormatud kui liikmesriigi enda ettevõtjad. Sellist topeltnmaksude maksmise kohustust pidas kohus teiste liikmesriikide teenuse osutajate suhtes diskrimineerivaks¹⁶⁰. Seega saab igal viisil majanduslike eeliste loomist oma riigi ettevõtjatele ning tõkete seadmist teisest liikmesriigist pärit ettevõtjatele käsitleda diskrimineerimisena ning ühtlasi takistuse loomisena teenuste vabale liikumisele. See kehtib ka kasutatava tööjõu kohta.

Kohus tegi kohtuasjas Rush Portuguesa järeltule, et EÜ asutamislepingu artikleid 49 ja 50 tuleb tõlgendada selliselt, et Portugalis asuv ettevõtja, kes osutab ehitustöödega seotud teenuseid teises liikmesriigis (Prantsusmaal), võib kasutada selleks oma personali, samuti tuua selle teenuse osutamise ajaks vastavasse riiki. Liikmesriigi, kelle pinnal teenust osutatakse, ametkonnad ei tohi teenuse osutajale seada mitte mingisuguseid tingimusi seoses kasutatava tööjõu palkamise või töölubadega¹⁶¹. Hilisematest kohtuasjadest on kohus leidnud Storebaelt juhtumis, et Taani Kuningriik rikkus artiklit 49 (juhtumis art 59), kui lubas enda ainukontrolli all oleval aktsiaseltsil ehituse riigihankes ette näha tingimuse, mille kohaselt tuli hankes kasutada nii palju kui võimalik Taani tööjõudu¹⁶². Kohustus kasutada selle riigi tööjõudu, kus teenust osutatakse, toob teiste liikmesriikide ettevõtjatele sisuliselt kaasa sama tagajärje nagu kohtuasjas Rush Portuguesa seatud piirangud ettevõtjale oma tööjõu kaasamiseks.

Siiski on kirjanduses tehtud kohtule etteheiteid ühtse lähenemise puudumise kohta.

Jose M. Fernandez Martin on leidnud, et Euroopa Kohus ei ole teenuste vaba liikumist puudutavate EÜ asutamislepingu artiklite 49 ja 50 kohaldamisel olnud

¹⁵⁹ EK 17.12.1981. a otsus kohtuasjas C-279/80 p 17: EKL 1981, lk I-3305; EK 03.02.1982. a otsus seatud kohtuasjades C-62/81 ja 63/81 p 8: EKL 1982, lk I-223

¹⁶⁰ EK 03.02.1982. a otsus seatud kohtuasjades C-62/81 ja 63/81 p 9: EKL 1982, lk I-223; kohtujurist Van Gervani 07.03.1990. a ettepanek kohtuasjas C-113/89 p 10: EKL 1990, lk I-01417

¹⁶¹ EK 27.03.1990. a otsus kohtuasjas C-113/89 p 19: EKL 1990, lk I-01417

¹⁶² EK 22.06.1993. a otsus kohtuasjas C-243/89 p 45: EKL 1993, lk I-03353

järjepidev. Kohtuasjas Beentjes leidis kohus, et tellija seatud kriteerium ehitustöö riigihankes pikaajaliste töötute kasutamiseks võib minna vastuollu asutamislepingu artiklist 12 (juhtumis artikkel 7) tuleneva üldise diskrimineerimiskeeluga, juhul kui tingimust on võimalik täita vaid kodumaistel pakkujatel või kui tingimuse täitmine välismaiste pakkujate poolt on seotud suurte takistustega¹⁶³. Kohus ei viidanud seejuures EÜ asutamislepingu artiklile 49 (juhtumi ajal art 59), samas kui kohtuasjas Rush Portuguesa, milles on samuti seatud tingimusi tööjõule, on artiklile viidatud¹⁶⁴. Seisukohta võib toetada. Nii kohtuasjas Beentjes kui ka kohtuasjas Rush Portuguesa oli tegemist ehitustööde osutamisega, mille puhul tuleb lähtuda teenuste vaba liikumise sätetest¹⁶⁵. Beentjes otsuses on kohus kohtuasjale CEI ja Bellini viidates esmalt välja toonud, et ehitustöö riigihankes kasutatavad tingimused peavad direktiiviga kooskõlas olemiseks arvestama iseäranis asutamislepingu asutamisvabaduse ja teenuste vaba osutamise põhimõtetest tulenevaid keelde¹⁶⁶. Samas ei ole otsuse järgmises punktis viidatud teenuste vaba osutamist puudutavale artiklile, vaid diskrimineerimiskeelu üldsättele, s.o artiklile 12 (juhtumis art 7)¹⁶⁷. Kohus on leidnud, et artikkel 49 kujutab endast diskrimineerimiskeelu erisätet ning on *lex specialis* põhimõtte kohaselt teenuste osutamist puudutavatel juhtudel artikli 12 ees eelistatud¹⁶⁸. Seepärast on iseäralik, et selgelt teenuste vaba liikumist puudutava artikli kohaldamisalas, millele kohus on ka ise viidanud, on ikkagi diskrimineerimise juures lähtutud selle üldsättest ja mitte artiklist 49¹⁶⁹. Kohtuasjas Beentjes võib tõesti täheldada artikli 49 põhjendamatut vältimist.

Fernandez Martin heidab samuti Euroopa Kohtule ette, miks juhtumis Beentjes tehti sotsiaalsete aspektide kasuks teenuste vabast liikumisest erand ja kohtuasjas Rush Portuguesa mitte. Nii pikaajaliste töötute kui ka noorte pääsemine tööturule on ühenduse eesmärkideks¹⁷⁰. Siinjuures peab töö autor vajalikuks täpsustada: kohus ei öelnud kohtuasjas Beentjes, et tingimus pikaajaliste töötute palkamiseks ei ole

¹⁶³ Vt EK 20.09.1998. a otsus kohtuasjas C-31/87 p 30: EKL 1988, lk I-04635

¹⁶⁴ Fernandez Martin Jose, lk 62

¹⁶⁵ Vt ka kohtujurist Darmonii 21.06.1988. a ettepanek kohtuasjas C-45/87 p 14: EKL 1988, lk I-04929

¹⁶⁶ EK 09.07.1987. a otsus seotud kohtuasjades 27-29/86 p 15: EKL 1987, lk I-3347; EK 20.09.1988. a otsus kohtuasjas C-31/87 p 29: EKL 1988, lk I-04635

¹⁶⁷ EK 20.09.1988. a otsus kohtuasjas C-31/87 p 30: EKL 1988, lk I-04635

¹⁶⁸ EK 14.06.1976. a otsus kohtuasjas C-13/76 p 6/7: EKL 1976, lk I-1333; EK 09.06.1977. a otsus kohtuasjas C-80/76 p 26-27: EKL 1977, 1091; EK 30.05.1989. a otsus kohtuasjas C-305/87 p 12-13: EKL 1989, lk I-01461

¹⁶⁹ Ka hiljem on ehitustöö riigihangetes sotsiaalsete lisatingimuste kehtestamisel kohus viidanud nimelt teenuste vabale liikumisele, vt EK 26.09.2000. a otsus kohtuasjas C-225/98 p 50: EKL 2000, lk I-07445

¹⁷⁰ Fernandez Martin Jose, lk 63

diskrimineeriv, vaid pidas vajalikuks, et asja lahendav liikmesriigi kohus tingimuse mõju põhjal selle välja selgitaks. Seega ei andnud kohus kohtuasjas Beentjes erinevalt kohtuasjast Rush Portuguesa ise hinnangut tingimuse diskrimineeriva loomuse kohta, vaid jättis selle väljaselgitamise liikmesriigi kohtule. Korrektne ei ole ka väide, et kohus oleks kohtuasjas Beentjes pidanud pikaajaliste töötute värbamist ilmtingimata lubatavaks. Pigem avaldas kohus kahtlust, et tingimus võib olla diskrimineeriv, kui seda saavad täita vaid kodumaised pakkujad või on selle täitmine teiste liikmesriikide pakkujatel oluliselt keerukam. Nagu ka Euroopa Komisjon on kohtuasjaga Beentjes seoses märkinud, on sotsiaalse iseloomuga lisatingimuste kehtestamine lubatav vaid juhul, kui peetakse silmas ühenduse õigusnorme¹⁷¹, st ka teenuste vabale liikumisele piirangute seadmise keeldu. Ehk teisisõnu – kui vastuolu teenuste vaba liikumisega peaks avalduma, ei ole sotsiaalse iseloomuga tingimus lubatud. Miks kohus kohtuasjas Rush Portuguesa diskrimineerimise selgelt välja tõi ja kohtuasjas Beentjes jättis selle siseriikliku kohtu välja uurida, võib tuleneda nii kohtu esitatud küsimustest, teadaolevatest asjaoludest kui ka sellest, et juhtumist Rush Portuguesa oli diskrimineerimise olemasolu kohtule varasemaid sarnaseid kohtuasju arvestades selgem. Oluline on siinjuures kindlasti tingimuse nähtav seos riikkondsusega, mis oli välismaalaste töölubade taotlemise puhul ilmsem¹⁷².

2.3. Asutamisvabadus

2.3.1. Asutamisvabaduse olemus ja seos riigihangetega

Asutamisvabadus on kirjas EÜ asutamislepingu artiklis 43 (endine art 52). Artikli kohaselt hõlmab asutamisvabadus õigust alustada ja jätkata tegutsemist füüsilisest isikust ettevõtjana ning asutada ja juhtida ettevõtteid neil tingimustel, mida oma kodanike jaoks sätestavad selle riigi seadused, kus niisugune asutamine toimub. Samal viisil on artikli kohaselt keelatud piirangud, mis takistavad mis tahes liikmesriigi territooriumile asunud teise liikmesriigi kodanikel rajada sinna esindusi, filiaale ja tütarettevõtteid¹⁷³.

¹⁷¹ Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberecht und die Möglichkeiten zum Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (2001/ C 338/08) (KOM (2001) 566 endg) s 32

¹⁷² Ka näiteks välismaiselt projekteerijalt Prantsusmaa arhitektide nimekirja kuulumise nõudmine oli kohtu hinnangul teenuste vaba liikumisega ilmselges vastuolus, vt EK 26.09.2000. a otsus kohtuasjas C-225/98 p 87, 90: EKL 2000, lk I-07445

¹⁷³ EÜ asutamislepingu art 43 (endine art 52)

Asutamisvabaduse kaitsealasse ei kuulu üksnes füüsilised isikud, vaid ka liikmesriigi õiguse alusel asutatud äriühingud, kelle põhikirjajärgne asukoht, juhtorganid või põhifiliaal asub ühenduse territooriumil. Äriühingute all peetakse seejuures silmas eraõiguslikke ühinguid ja muid nii avalik- kui ka eraõiguslikke juriidilisi isikuid, v.a need, millel ei ole kasumi teenimise eesmärki¹⁷⁴.

Kuigi asutamisvabadus puudutab õigust ettevõtteid asutada, võib selle eesmärgiks muu hulgas olla ka võimalus osutada teenuseid väljaspool oma liikmesriiki: ettevõtte asutatakse eelkõige ärilistel kaalutlustel. Siit kerkib üles vajadus eristada asutamisvabadus teenuste liikumise vabadusest. Nagu märgib Thomas Oppermann, eristatakse vabadusi ajamomendi järgi. Vastavalt sellele hõlmab teenuste osutamise vabadus ainult ajutist tegevust, samas kui asutamisvabadus nõuab juba sõnastuslikult pikemaajalist sisseseadmist teises liikmesriigis¹⁷⁵.

Milliseid piiranguid käsitatakse takistustena asutamisvabadusele, on üles loetletud Euroopa Liidu Nõukogu 1961. aastal vastu võetud programmis. Programmi kohaselt on sellisteks piiranguteks iga keeld või takistus teise liikmesriigi ettevõtjale, mis tuleneb liikmesriigi õigusnormidest, nende normide rakendamisest või nende alusel kujunenud halduspraktikast, mille alusel koheldakse teise liikmesriigi ettevõtjat oma riigi ettevõtjatest erinevalt. Piiravate õigusnormide ja praktikate hulka kuuluvad iseäranis sellised, mis üksnes välismaalastel keelavad ettevõtlusega alustamise või sellega tegelemise, seavad ettevõtlusega alustamise või sellega tegelemise sõltuvusse lubade ja tõendite olemasolust jms. Programm keelab muu hulgas ka õigusnormid ja halduspraktikad, mis välismaistele ettevõtjatele välistavad, piiravad või seavad täiendavatest tingimustest sõltuvusse ettevõtlusega kaasnevate õiguste teostamise, eelkõige lepingute sõlmimise, pakkumiste esitamise ning otsese lepingupartneri või alltöövõtjana riigihangetes osalemise, riigilt või teistelt avalik-õiguslikelt isikutelt kontsessioonide saamise. Programmi kohaselt kuuluvad keelatud normide ja praktikate hulka ka need, mis takistavad või piiravad liikmesriigi ettevõtja personali üleviimist teises liikmesriigis asuva ettevõtja agentuuri, harufiliaali või tütarettevõtja juht- või järelevalveorganitesse¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Mitteilung der Kommission –Vademekum über öffentliche Auftragswesen in der Gemeinschaft Anhang III Begriff der Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige beschränkungen

¹⁷⁵ Oppermann, lk 579

¹⁷⁶ Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit

Halduspraktikate hulka, millega võidakse asutamisvabadusele piiranguid seada, loetakse ka riigihankemenetluste läbiviimist. Nagu toonitab kohtujurist Leger, on vaieldamatu, et kui tellija eelistab kodumaiseid ettevõtjaid nende välismaistele konkurentidele, takistab see viimastel kõnealuses liikmesriigis tegevuse alustamist, seega asutamisvabaduse realiseerimist¹⁷⁷.

Asutamisvabadus hõlmab endas otsese diskrimineerimise keeldu, s.o meetmeid, mis kehtivad üksnes välismaistele ja mitte kodumaistele ettevõtjatele¹⁷⁸. Ehler märgib, et otsese diskrimineerimise puhul on tegu eristamistega, mis seondub otseselt piire ületava asjaolu või välismaalaseks olemisega¹⁷⁹. Riigihangete puhul võib olla asutamisvabaduse piiramise ja otsese diskrimineerimisega tegu näiteks juhul, kui tellija ei lase riigihankemenetluses osaleda oma riigis asuvatel välismaistel ettevõtjatel või lubab osaleda vaid oma riigi ettevõtjatel ja mitte teiste liikmesriikide ettevõtjate filiaalidel¹⁸⁰.

Seoses välismaise ettevõtja filiaali tõrjumisega riigihankes pärineb Euroopa Liiduga liitumise eelsest perioodist ka Eestis kohtuasi. Kohtuasja sisuks oli riigihankemenetluses välismaa äriühingu filiaali taotluse mitteamvestamine. Filiaali ei kvalifitseeritud põhjusel, et see ei ole juriidiline isik, kes saab riigihankes taotlejana osaleda. Ringkonnakohus leidis, et tellija eksis. Euroopa Ühenduse ja nende liikmesriikide ning Eesti Vabariigi vahelise assotsieerumislepingu (Euroopa Leping) kohaselt tuli välismaa äriühingu filiaalidele tagada hankemenetlustes võrdne kohtlemine siseriiklike äriühingutega. Sellest tulenevalt tuli riigihangete seadust tõlgendada selliselt, et ka välismaa äriühingute filiaalid võisid esitada riigihangetes taotlusi ja pakkumisi¹⁸¹.

Asutamisvabadusega on hõlmatud ka kaudse (varjatud) diskrimineerimise keeld, s.o piirang, mis kehtib kodakondsusest sõltumatult, kuid takistab ikkagi eranditult või

¹⁷⁷ Kohtujurist Legeri 07.12.2000. a ettepanek kohtuasjas C-399/98 p 73: EKL 2001, I-05409

¹⁷⁸ Robert, D. Europäische Kommission "Leitfaden zu den Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen" s 2

¹⁷⁹ Ehlers Kühling, lk 348, 351 kaudu

¹⁸⁰ Weber, lk 194

¹⁸¹ Tallinna Ringkonnakohtu halduskolleegiumi 31.03.2004. a otsus haldusasjas nr 2-3/297/2004 Oracle East Central Europa Limited Eesti filiaali apellatsioonkaebuses Tallinna Halduskohtu 16.05.2003. a otsuse peale haldusasjas nr 3-744/2003

peaasjalikult teiste liikmesriikide ettevõtjaid ettevõtlusega alustamast või sellega tegelemast¹⁸². Seetõttu on asutamisvabaduse programmi kohaselt keelatud ka õigusnormidest ning halduspraktikatest tulenevad eeldused ettevõtlusega alustamiseks või sellega tegelemiseks, kui eeldused on küll ettevõtja riikkondsusest sõltumatult kohaldatavad, kuid takistavad või piiravad siiski eranditult või peaasjalikult välismaistel ettevõtjatel ettevõtlusega alustamast või sellega tegelemast¹⁸³. Piiramisega kaudse diskrimineerimise teel oleks tegu, kui kvalifitseerimisel nõutaks pakkujatel teatud lubade või tõendite olemasolu, mida välismaistel ettevõtjatel ei ole¹⁸⁴. Viimasest tuleneb ühtasi, et asutamisvabadus hõlmab vastastikuse tunnustamise põhimõtet, s.o tuleb tunnustada teistes liikmesriikides välja antud tunnistusi, tõendeid jm dokumente. Sellest lähtuvad ka koordineerimisdirektiivid¹⁸⁵.

Asutamis- nagu ka teenuste osutamise vabadus ei ole piiramatu. Vabadustest on lubatud erandeid teha EÜ asutamislepingu artiklite 45 ja 46 alusel, teenuste asjus on artiklitele viidatud EÜ asutamislepingu artiklis 55. Artikkel 45 lubab asutamisvabadusest erandeid teha seoses avaliku võimu teostamisega. Asutamisvabaduse rakendamisalast välistatud tegevusi tuleb aga Euroopa Kohtu praktika kohaselt tõlgendada kitsendavalt. Kohus on kohtuasjas Jean Reyners Belgia Kuningriigi vastu rõhutanud, et arvestades asutamisvabaduse olulisust, ei või artikli 45 lõikes 1 toodud erandi kohaldamisel minna kaugemale kui seda tingib eesmärk, mille tarvis erand kehtestatud on. Seejuures ei ole liikmesriikidel õigust piirata välismaiseid ettevõtjaid mitte igasuguse avaliku võimu teostamisega seotud tegevusega tegelemast, vaid üksnes sellise tegevusega, mis kujutab endast vahetut ja spetsiifilist avaliku võimu teostamist¹⁸⁶.

Artikli 46 lõike 1 järgi on liikmesriik õigustatud teiste riikide ettevõtjaid teistsuguselt kohtlema ka avaliku korra, julgeoleku või tervishoiu huvides.

¹⁸² Robert, D. Europäische Kommission "Leitfaden zu den Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen" s 2

¹⁸³ Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit

¹⁸⁴ Vt analoogia EK 28.04.1977. a otsus kohtuasjas C-71-76 p 15/18, 19: EKL 1977, lk I-00765

¹⁸⁵ Vt direktiivi 92/50/EMÜ põhjenduse 25. lõik

¹⁸⁶ EK 21.06.1974. a otsus kohtuasjas 2-74 p 42/43; 44/45: EKL 1974, I-631

Peale EÜ asutamislepingu artiklite võib liikmesriik erandite tegemisel tugineda Euroopa Kohtu praktika alusel ka nn kõrgematele üldhuvidele¹⁸⁷. Selliste huvidena on Euroopa Kohus tunnustanud tarbijate, intellektuaalse omandi, töötajate, arvamussvabaduse, kultuurilise-, ajaloolise- ja arheoloogilise pärandi kaitset¹⁸⁸. Üldhuvide olemasolu korral on lubatavad siseriiklikud meetmed, mis muudavad lepingus garanteeritud põhivabaduste teostamise vähem atraktiivseks¹⁸⁹. Siiski tuleb lubatavate teenuse vaba osutamise piirangute juures silmas pidada proportsionaalsuse põhimõtet¹⁹⁰. Seejuures tuleb täita neli eeltingimust: meetmeid ei tohi rakendada diskrimineerivalt, need peavad olema üldhuvi tingivatel põhjustel õigustatud, taotletava eesmärgi saavutamiseks sobivad ega tohi minna kaugemale, kui on eesmärgi saavutamiseks vajalik¹⁹¹. Samadele alustele on kohus viidanud ka teenuste kontsessiooniga seoses¹⁹².

Kuna riigihanke koordineerimisdirektiivid on vastu võetud asutamisvabaduse ellu viimiseks on erandid kohaldatavad ka direktiivide rakendusalas¹⁹³.

¹⁸⁷ EK 28.04.1977. a otsus kohtuasjas 71-76 p 11/12, 15/18; EKL 1977, lk I-00765; EK 31.03.1993. a otsus kohtuasjas 19/92 p 32; EKL 1993, lk I-1663

¹⁸⁸ Kilian, lk 121–122; EK 25.07.1991. a otsus kohtuasjas C-288/89; EKL 1991, lk I-4069

¹⁸⁹ EK 30.11.1995. a otsus kohtuasjas C-55/94 p 37; EKL 1995, lk I-04165

¹⁹⁰ Kilian, lk 121–122; EK 25.07.1991. a otsus kohtuasjas C-288/89; EKL 1991, lk I-4069

¹⁹¹ EK 30.11.1995. a otsus kohtuasjas C-55/94 p 37; EKL 1995, lk I-04165

¹⁹² EK 27.10.2005. a otsus kohtuasjas C-234/03 p 25; EKL 2005, lk I-09315

¹⁹³ Direktiivi 92/50/EMÜ põhjenduse p 15; direktiivi 2004/18/EÜ põhjenduse p 6

2.3.2. Asutamisvabadusega seotud kohtupraktika

2.3.2.1. Kohtuasi Euroopa Komisjon Itaalia vastu 3/88

Kohtuasja Euroopa Komisjon Itaalia vastu asjaolude järgi oli Itaalia õigusaktide kohaselt paljudes avalik-õiguslikes valdkondades (maksukorraldus, tervishoid, põllumajandus, linnaehitus) lubatud lepinguid sõlmida vaid ettevõtjatega, kes olid kaudselt või otseselt, täielikult või peamiselt Itaalia riigi või muude avalik-õiguslike üksuste kontrolli all. Ka andmetöötlussüsteemide rajamiseks ja haldamiseks oli avalikus sektoris lubatud lepinguid sõlmida vaid avaliku võimu kontrolli all olevate ettevõtjatega¹⁹⁴.

Komisjon leidis, et see oli asutamisvabadusega vastuolus, kuna õigusaktid olid välismaiste ettevõtjate suhtes diskrimineerivad¹⁹⁵. Nii kohtujurist kui ka kohus nõustusid Euroopa Komisjoni seisukohaga¹⁹⁶. Kohtujurist Mischo selgitab, et hoolimata sellest, et vaidlusalused Itaalia õigusaktid ei takista teiste liikmesriikide ettevõtjatel Itaaliasse asuda või seal teenuseid osutada, takistavad need välismaistel ettevõtjatel Itaalia avalik-õiguslike üksustega lepingute sõlmimist. Avalik-õiguslike üksustega on õigus lepinguid sõlmida vaid Itaalia avaliku võimu kontrolli all olevatel ettevõtjatel¹⁹⁷. Juba asutamisvabadusele piirangute kaotamise programmis oli kirjas, et tuleb lõpetada piirangud välismaiste ettevõtjatega lepingute sõlmimiseks¹⁹⁸. Seega järgib kohtu järeldus programmis toodut. Kohus on hilisemas, samuti Itaaliaga seotud kohtuasjas samalaadselt leidnud, et kontsessioonilepingu hankes tingimuse seadmine kontsessioonäri aktsiate kuulumise kohta ühele või ühiselt mitmele avalik-õiguslikule institutsioonile on asutamisvabadusega vastuolus¹⁹⁹.

Kohtujurist Mischo täpsustab, kuidas nõue avaliku võimu kontrolli all olemiseks diskrimineerib välismaised ettevõtjaid. Diskrimineeriv ei ole lihtsalt nõue ettevõtja avaliku võimu, vaid nimelt Itaalia avaliku võimu kontrolli all olemisest. Viimase

¹⁹⁴ EK 05.12.1989.a otsus kohtuasjas C-3/88 p 1-2: EKL 1989, lk I-04035

¹⁹⁵ EK 05.12.1989.a otsus kohtuasjas C-3/88 p 6: EKL 1989, lk I-04035; juhtumise kohaldati otse asutamislepingu sätteid, kuna teenuste direktiivi veel ei olnud, see võeti vastu alles 1992. aastal, s.o direktiiv 92/50/EMÜ

¹⁹⁶ EK 05.12.1989.a otsus kohtuasjas C-3/88 p 8-9: EKL 1989, lk I-04035; Kohtujurist Mischo ettepanek 04.10.1989.a kohtuasjas 3/88 p 13: EKL 1989, lk I-04035

¹⁹⁷ Kohtujurist Mischo 04.10.1989.a ettepanek kohtuasjas 3/88, p 15: EKL 1989, lk I-04035

¹⁹⁸ Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit Abschnitt III 2. a

¹⁹⁹ EK 26.04.1994.a otsus kohtuasjas C-272/91 sissejuhatuse p 1: EKL 1994, lk I-1409

tulemuseks on, et lepinguid saavad sõlmida nimelt Itaalia võimu üksuste kontrolli all olevad ettevõtjad. Sellised ettevõtjad on Itaalia ettevõtjad. Isegi kui on välismaiseid ettevõtjaid, mille üle Itaalia võimudel on kontroll, on neid vähe ning nõue soodustab peaaesjalikult Itaalia ettevõtjaid²⁰⁰. Väidet kinnitas asjaolu, et andmete töötlemise valdkonnas ei olnud tegelikkuses ühtegi välismaist ettevõtjat, kes oleks täielikult või osaliselt Itaalia võimude kontrolli all olnud²⁰¹. Juhtumis võib näha teatavat analoogiat hilisema kohtuasjaga ARGE. Selles leidis kohtujurist, et kui hankemenetluses osaleb liikmesriigi poolt doteeritud ettevõtja, ei ole see diskrimineeriv, kuna menetluses polnud samaaegselt keelatud osaleda ettevõtjatel, keda teised liikmesriigid doteerivad²⁰². Kui Itaalia õigusaktide kohaselt oleksid teiste liikmesriikide kontrolli all olevad ettevõtjad saanud lepinguid sõlmida, poleks nõue diskrimineeriv olnud.

Itaalia valitsus väitis, et teenus oli seotud andmetöötluse haldamisega strateegilistes valdkondades (maksud, organiseeritud kuritegevus, tervishoid)²⁰³. Seetõttu peab avalikest institutsioonidest tellijatel olema võimalus lepingute täitmist kontrollida. Kuna teenuse osutamisel puutub ettevõtja kokku salajaste andmetega, peab institutsioonidel olema ettevõtja suhtes täielik usaldus. Andmete kaitse on käsitletav üldhuvina, samuti selle usaldusliku iseloomu tõttu avaliku võimu teostamisena artikli 45 tähenduses²⁰⁴. Kohus lükkas väited tagasi: juba kohtu varasemat praktikat²⁰⁵ arvestades kuulub artikli 45 erandi alla vaid vahetu ja spetsiifiline avaliku võimu teostamine. Planeerimine, tarkvara ja andmetöötlussüsteemide haldamine on pigem tehnilise iseloomuga ja ei kuulu avaliku võimu vahetu teostamise alla²⁰⁶. Samalaadselt leidsid kohtujurist ja kohus juhtumis Lottomatica, et lotomängu automatiseeritud süsteemi rajamine ja haldamine on tehnilise iseloomuga ega ole vaadeldav avaliku võimu teostamisena²⁰⁷. Tegevused, milleks hange korraldati, puudutasid nimelt õnnemängude korraldamisega seotud ruume, nende sisustust, tarneid, hooldust, andmete ülekandmist jms. Kontsessionääri ülesandeks oli vaid andmeid registreerida, automaatselt kontrollida ja üle kanda. Loosimise viisid läbi loosikomisjonid, kelleks olid riigiorganid; lotovõidud kinnitas ja maksis lõppinstantsina välja avalik võim. Ka

²⁰⁰ Kohtujurist Mischo ettepanek 04.10.1989 kohtuasjas 3/88 p 17: EKL 1989, lk I-04035

²⁰¹ EK 05.12.1989.a otsus kohtuasjas C-3/88 p 9: EKL 1989, lk I-04035

²⁰² Kohtujurist Legeri 15.06.2000. a ettepanek kohtuasjas C-94/99 p 31-36: EKL 2000, lk I-11037

²⁰³ Kohtujurist Mischo 04.10.1989. a ettepanek kohtuasi 3/88 p 22: EKL 1989, lk I-04035

²⁰⁴ EK 05.12.1989. a otsus kohtuasjas C-3/88 p 10, 12: EKL 1989, lk I-04035

²⁰⁵ EK 21.06.1974. a otsus kohtuasjas C-2/74 p 44/45: EKL 1974, lk I-631

²⁰⁶ EK 05.12.1989. a otsus kohtuasjas C-3/88 p 13: EKL 1989, lk I-04035

²⁰⁷ Kohtujurist Gulmanni 14.07.1993. a ettepanek kohtuasjas C-272/91 p 17: EKL 1994, lk I-01409; EK 26.04.1994. a otsus kohtuasjas C-272/91 p 12: EKL 1994, lk I-01409

hankedokumentides ei olnud kirjas, et kontsessioonäär võtaks osa avaliku võimu teostamisest. Seda arvestades jõudis kohus järeldusele, et õnnemängude korraldamiseks vajaliku andmetöötlussüsteemi ja tarkvara väljatöötamine, samuti süsteemi haldamine ei erine olemuslikult tehnilise iseloomuga töödest – andmetöötlussüsteemide välja töötamisest – mis esinesid kohtuasjas 3/88. Seega ei olnud tegemist artikli 45 erandiga²⁰⁸.

Itaalia Valitsus väitis edasi, et piirangud ettevõtjate osalemiseks, kelle üle avalikul võimul kontrolli polnud, olid õigustatud EÜ asutamislepingu artikli 46 lg 1 alusel, mille kohaselt ei mõjuta asutamisevabadus nende õigunormide kohaldatavust, mis sätestavad väliskodanike teistsuguse kohtlemise avaliku korra, julgeoleku või tervishoiu huvides. Andmetöötlussüsteemide juurutamisega ei järgita üksnes majanduslikke eesmärgi, vaid see puudutab avalikke huve, nimelt võitlust maksude maksmisest kõrvale hoidumisega, organiseeritud kuritegevusega; teraapilisi abinõusid narkosõltlaste suhtes ning pettuste ära hoidmist ravimi- ja põllumajandussektoris²⁰⁹. Itaalia Valitsuse seisukoha järgi tuli andmetöötlussüsteemidega töödeldavate andmete eesmärgi ja usalduslikku iseloomu arvestades lugeda süsteemi loomisega seotud tegevused avalikuks korra artikli 46 lõike 1 mõttes. Kohus ei nõustunud ka selle väitega: arvestades andmetöötlussüsteemide välja töötamisega taotletud eesmärkide olemust, ei saa väita, et juhul kui süsteeme töötaks välja teise liikmesriigi ettevõtja, satuksid need ohtu²¹⁰. Nagu märgib tabavalt kohtujurist Mischo, ei ohusta välismaiste ettevõtjate osalemine tervishoiu korraldamise ja rahastamise üle kontrolli puudutavate andmetöötlussüsteemide välja töötamisel ja haldamisel Itaalia tervishoidu. Artikli 46 lg 1 kohaldamiseks peavad olema reaalsed põhjused, mitte lihtsalt eesmärgid²¹¹. Teisalt võib süsteemiga töödeldavate andmete kaitse tagada konfidentsiaalsuskohustuse kaudu, ilma asutamise- ja teenuste osutamise vabadust piiramata²¹². Kohtu järeldusest nähtub, et erandeid tuleb tõlgendada kitsendavalt, et tagada riigihangetes võimalikult ulatuslik asutamisevabaduse kaitse.

²⁰⁸ EK 26.04.1994. a otsus kohtuasjas C-272/91 p 6-13: EKL 1994, lk I-01409

²⁰⁹ Kohtujurist Mischo 04.10.1989. a ettepanek kohtuasjas 3/88 p 33: EKL 1989, lk I-04035

²¹⁰ EK 05.12.1989. a otsus kohtuasjas C-3/88 p 14-15: EKL 1989, lk I-04035

²¹¹ Kohtujurist Mischo 04.10.1989. a ettepanek kohtuasi 3/88 p 33: EKL 1989, lk I-04035

²¹² EK 05.12.1989. a otsus kohtuasjas C-3/88 p 14-15: EKL 1989, lk I-04035

2.4. Kokkuvõtvad järeldused

1. Koguseliste piirangutega samaväärse toimega meetme lai tähendus on viinud selleni, et riigihankemenetluses tellija otsuseid, mis avaldavad kaupade liikumisele piiravat mõju, peetakse samaväärse toimega meetmeks artikli 28 tähenduses.
2. Vastastikuse tunnustamise põhimõtte olulisus riigihangetes seisneb selles, et igas kaupade tarne hankes näeb tellija ette nõuded hangitavale kaubale (tehniline kirjeldus). Riigihanke teel hangitava kauba teatud liikmesriigisisestele normidele vastavuse nõudmine võib aga kujutada endast teistes liikmesriikides toodetud kaupad sisseveo takistust.
3. Kaupade vaba liikumist puudutavad sätted on kohaldatavad ka ehitustöö riigihankes kasutatavate materjalide suhtes. Kui tellija seab ehitustöö käigus tarnitavatele materjalidele piiranguid, mis takistavad teiste liikmesriikide kaupade sissevedu, kujutab see endast artikli 28 rikkumist. Analoogia alusel saab sama järeldada teenuste osutamisel kasutatavate toodete kohta.
4. Vastastikuse tunnustamise põhimõttele tugineb riigihangetes kasutatav nn samaväärsuse kontseptsioon. Juhul kui tellija peab vajalikuks hanke objekti kirjeldamiseks viidata konkreetsetele tüüpidele, kaubamärkidele jne, tuleb lisada klausel “või sellega samaväärne”. Samuti tuleb pakujate kvalifitseerimisel arvestada teistes liikmesriikides väljaantud dokumente.
5. Riigihangete läbiviimisel tuleb tellijal tagada teenuste vaba liikumine ja asutamisvabadus.
6. Teenuste vaba liikumine ja asutamisvabadus hõlmavad endas teiste liikmesriikide ettevõtjate otsese ja kaudse diskrimineerimise keeldu, sh diskrimineerimist riigihangetes.
7. Riigihankes teise liikmesriigi ettevõtjale kasutatava tööjõu suhtes piirangute seadmist käsitletakse kaudse diskrimineerimisena.
8. Riigihangetes on tellijal lubatud seada sotsiaalse iseloomuga tingimusi üksnes juhul, kui sellega ei piirata teenuste vaba liikumist.
9. Nõue, mille kohaselt võib riigihankelepinguid sõlmida üksnes teatud liikmesriigi avaliku võimu kontrolli all oleva ettevõtjaga, on asutamisvabadust piirav ja vaadeldav kaudse diskrimineerimisena.

3. Põhivabadustest tulenevad riigihanke põhimõtted

3.1. Võrdse kohtlemise põhimõte

3.1.1. Eristamine mittediskrimineerimise põhimõttest

Euroopa Kohtu riigihangetealases praktikas kasutatakse sageli võrdse kohtlemise põhimõtte mõistet pakkuja kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu tähenduses²¹³. Seetõttu ei tehta sageli võrdse kohtlemise põhimõttel ja kodakondsuse alusel diskrimineerimisel ehk mittediskrimineerimise põhimõttel vahet. Mõistelistel tasandil põhimõtete eristamata jätmine aga ei tähenda, et sisuliselt poleks võimalik erisusi näha. Et konkreetsel juhul selgust saada, kas kohus peab silmas pakkujate võrdse kohtlemise või mittediskrimineerimise põhimõtet, tuleb lähtuda kontekstist ja jätta sõnastus sageli kõrvale.

Terminoloogiline järjekindlusetus võib olla tingitud sellest, et võrdse kohtlemise põhimõte on riigihankeõigusesse jõudnud suhteliselt hiljuti kohtupraktika käigus.

Esimestes koordineerimisdirektiivides²¹⁴ ei olnud võrdsele kohtlemisele viitavaid sätteid, kohus tuletas põhimõtte direktiivi olemusest²¹⁵. 1990. aastatel vastu võetud direktiividesse kirjutati põhimõtte sisult, kuid mitte sõnastuslikult sisse²¹⁶. Võib öelda, et neis direktiivides on juba eristatud pakkujate võrdset kohtlemist kodakondsuse alusel diskrimineerimisest. Sellest annab märku direktiivi erinevate sätete sõnastuse võrdlemine, kus mõnes sättes on viidatud üksnes pakkujate erinevale kohtlemisele, teisel aga nimelt erinevale kohtlemisele kodakondsuse alusel²¹⁷. See aga ei viinud kohtupraktikas printsiipide mõistelisele eristamisele²¹⁸. Mittediskrimineerimise ja võrdse kohtlemise erinevused ilmneshid sisulisest küljest, kuid mõiste kasutuses jäi see saavutamata. Mõistelist eristamist ei ole võib-olla teatud juhtumites peetud vajalikuks

²¹³ vt EK 08.12.1989. a otsus kohtuasjas C-3/88 p 8; EKL 1989, lk I-04035; EK 26.09.2000. a otsus kohtuasjas C-225/98 p 80; EKL 2000, lk I-07445

²¹⁴ Direktiiv 71/305/EMÜ ja 77/62/EMÜ

²¹⁵ EK 22.06.1993. a otsus kohtuasjas C-243/89 p 33; EKL 1993, lk I-3353

²¹⁶ Direktiiv 90/531/EMÜ art 4 lg 2, 92/50/EMÜ art 3 lg 2, direktiiv 93/38/EMÜ art 4 lg 2.

²¹⁷ Direktiivi 92/50/EMÜ art 3 lg 2 võrrelduna sama direktiivi art 27 lõikega 4

²¹⁸ Näiteks EK 27.11.2001. a otsus ühendatud kohtuasjades C-285/99 ja C-286/99 p 36–37; EKL 2001, lk I-09233

ka seetõttu, et võrdne kohtlemine hõlmab diskrimineerimise keelu²¹⁹, või kohus lihtsalt ei pööra terminoloogilisele täpsusele tähelepanu.

Põhimõtteid eristatakse, ning seda ka terminoloogiliselt, uutes riigihankedirektiivides²²⁰. Paraku nende direktiivide alusel kohtupraktikat tekkinud ei ole. Kas direktiivides tehtud vahetegu edaspidisele kohtupraktikale mõju avaldab, saab näha tulevikus.

Põhimõtete erinevus on tunnustes, mille alusel ebavõrdne kohtlemine avaldub. Mittediskrimineerimise põhimõtte puhul on selleks rahvuslik-riikkondlikud tunnused, võrdse kohtlemise puhul võivad selleks olla ka muud tunnused. Seega läheb võrdse kohtlemise põhimõtte kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelust kaugemale, võimaldades hõlmata kõiki aspekte, mis võivad viia ebavõrdsele kohtlemisele²²¹. Samas hõlmab põhimõtte endas kodakondsuse alusel diskrimineerimise, viimast peetakse võrdse kohtlemise põhimõtte üheks väljenduseks²²². Seetõttu võib kodakondsuse alusel diskrimineerimise keeldu pidada võrdse kohtlemise põhimõtte eriliigiks. Rahvuslikel tunnustel põhineva vahetegemise korral kohaldatakse mittediskrimineerimise keeldu, jättes võrdse kohtlemise põhimõtte kõrvale.

3.1.2. Võrdse kohtlemise põhimõtte lähtealused ja rakendusala

Vaatamata sellele, et võrdse kohtlemise põhimõtte on laiahaardelisem, on põhimõtte jõudnud riigihankeõigusesse kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelust hiljem. Põhimõtte juures võib leida erinevaid lähtepunkte²²³: nii riigihanke direktiivi olemus²²⁴, esmasest õigusest tulenevad vabadused²²⁵ kui ka konkreetsed direktiivi sätted²²⁶.

²¹⁹ Kohus rakendab võrdset kohtlemist puudutavaid sätteid ka diskrimineerimise juhtudele, vt EK 05.10.2000. a otsus kohtuasjas C-16/98 p 107-109; EKL 2000, lk I-08315

²²⁰ Direktiivi 2004/18/EÜ põhjenduse punktid 2, 12, 14, 46 ja art 2; direktiivi 2004/17/EÜ põhjenduse punktid 20, 22, 55 ja art 10

²²¹ Kohtujurist Tizzano 28.06.2001. a ettepanek kohtuasjas C-92/00 p 19; EKL 2002, lk I-05553

²²² EK 08.10.1980. a otsus kohtuasjas C-810-79 p 16; EKL 1980, lk 2747; EK 13.10.2005. a otsus kohtuasjas C-458/03; EKL 2005, lk I-08612; ka direktiivi 2004/17/EÜ põhjenduse p 9

²²³ Vt ka Mader, lk 337

²²⁴ EK 22.06.1993. a otsus kohtuasjas C-243/89 p 33; EKL 1993, lk I-3353; EK 18.10.2001. a otsus kohtuasjas C-19/00 p 33; EKL 2001, lk I-07725.

²²⁵ Kohtujurist Tizzano 28.06.2001. a ettepanek kohtuasjas C-92/00 p 19-20; EKL 2002, lk I-05553

²²⁶ EK 25.04.1996. a otsus kohtuasjas C-87/94 p 51-52; EKL 1996, lk I-2043; EK 14.10.2004. a otsus kohtuasjas C-340/02 p 34; EKL 2004, lk I-09845

Võrdse kohtlemise põhimõtte väljenduse riigihangetes, s.o pakkuja (taotleja) võrdse kohtlemise arendas kohus välja juhtumis Storebaelt 1993. aastal²²⁷. Kohus märkis, et kuigi direktiivis²²⁸ polnud pakkuja võrdse kohtlemise põhimõtet otse nimetatud, tuleneb see direktiivi olemusest enesest. Argumentatsioonis viitas kohus direktiivi põhjendusele, samuti selle osale, milles käsitletakse kvalifitseerimise tingimusi ja pakumiste hindamise kriteeriume. Kohus leidis, et pakkuja võrdse kohtlemise põhimõte on tuletatav neis direktiivi osades ilmnevast vajadusest arendada ja tagada ehitustööde riigihangete valdkonnas tõeline konkurents²²⁹. Kohus oli siin kohtujuristiga ühel nõul. Kohtu seisukoha tagapõhja avab kohtujurist Tesauro ettepanek.

Taani Valitsus väitis, et kuna võrdse kohtlemise põhimõtet polnud direktiivis sõnaselgelt nimetatud, siis on see printsiip direktiivile võõras. Kohtujurist Tesauro vaidles vastu: direktiivi eesmärgiks on eelkõige kindlustada kõigi hankemenetluses osalevate ettevõtjate võrdne kohtlemine²³⁰. Tesauro arvates ei peaks tõsiasi, et hankemenetluses pakkuja omavahelisel konkureerimisel tuleb tagada kõigi konkureerivate ettevõtjate võrdus, vajama isegi toonitamist; vastupidisel korral ei saakski rääkida riigihankest, vaid pigem eraviisilistest läbirääkimistest. On ju võrdne kohtlemine olemusliku aspektina hankeregulatsioonide aluseks²³¹. Seega tuletasid kohtujurist ja kohus põhimõtte direktiivi eesmärkidest ja sätete sisust (mõttest).

Juhtumist järelalus samuti, et kui konkreetset juhul pakkuja ei kohelda ebavõrdselt rahvuslike tunnuste pinnal, vaid ta pannakse ebavõrdsesse olukorda tingimustes, milles rahvuslikel tunnustel rolli ei ole, on tegemist riigihanke aluseks oleva põhimõtte – võrdse kohtlemise – rikkumisega. Näiteks kui hanketingimuste kohta avaldatakse tellija asukohamaa hangeteregistris põhjalikum teave kui ühenduse riigihankeregistris, on tegemist ebavõrdse kohtlemisega rahvuslike tunnuste alusel (tellija koduriigi ettevõtjad said hanke kohte põhjalikuma teabe); seevastu kui täielik teave hanketingimuste kohta avaldatakse vaid ühele konkreetsele ettevõtjale, ja teistele, sh nii tellija koduriigi kui välismaistele ettevõtjatele mitte, pole rahvuslikel

²²⁷ Koenig/Kühling, lk 781

²²⁸ Direktiiv 71/305/EMÜ

²²⁹ EK 22.06.1993. a otsus kohtuasjas C-243/89 p 33: EKL 1993, lk I-03353

²³⁰ Kohtujurist Tesauro 17.11.1992. a ettepanek kohtuasjas C-243/89 p 17: EKL 1993, lk I-03353

²³¹ Kohtujurist Tesauro 17.11.1992. a ettepanek kohtuasjas C-243/89 p 18: EKL 1993, lk I-03353

tunnustel ebavõrdse kohtlemisega tegemist. Infot ei edastatud ka koduriigi ettevõtjatele. Eristamise aluseks ei ole sel juhul rahvuslikud tunnused.

Selguse, miks kohus loeb võrdse kohtlemise põhimõtet rakendatavaks ka juhtumitele, milles pakkujate ebavõrdsel kohtlemisel rahvuslikel tunnustel osa pole, võib välja lugeda hilisemas kohtuasjas *Hospital Ingenieure* kohtujurist Tizzano ettepanekust. Selles ta väidab, et asutamisvabaduse ja teenuste vaba liikumise sätete eesmärkide kohaselt tuleb anda kõigile ettevõtjatele võimalus absoluutselt võrdsetel tingimustel avalikest konkurssidest osa võtta. Nagu teistes sektorites on ka riigihangetes viinud eesmärgi saavutamine regulatsioonideni, mis lähevad pelgalt kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelust kaugemale, keelates ka muud aspektid, mis mingil moel ja muude eristusolude olemasolu korral võivad viia ettevõtjate tegevuse takistamiseni²³². Seega teeb Tizzano järelduse, et asutamisvabaduse ja teenuste vaba liikumise sätteid ei kaitse ettevõtjaid üksnes kodakondsuse alusel diskrimineerimise, vaid ka ebavõrdse kohtlemise eest. Ühtlasi võib väita, et Tizzano peab võrdse kohtlemise lähtealuseks riigihankeõiguse aluseks olevaid siseturuvabadusi.

Aga kas ettevõtjad, keda ebsoodsamasse olukorda seati, peavad sellele vaatamata, et ebavõrdseks kohtlemiseks ei kasutatud rahvuslikke tunnuseid, olema kindlasti välismaised ettevõtjad? Seega on küsimus ebavõrdse kohtlemise subjektides.

Sellele annab direktiivi kohaldamisalas vastuse kohtuasi Euroopa Komisjon *Belgia Kuningriigi vastu*. Selles leidis kohus, et tellija kohustus pidada hankemenetluse läbiviimisel kinni direktiivis ette nähtud menetlustest, kehtib hoolimata hankemenetlusest osavõtvate ettevõtjate päritolust. Ka siis, kui kõik hanketele konkureerivad ettevõtjad on tellija koduriigist, tuleb lähtuda direktiivi menetlustest²³³. Kohus kohaldas võrdse kohtlemise põhimõtet tellijaga ühe ja sama liikmesriigi ettevõtjate vahelisele ebavõrdse kohtlemise juhtumile²³⁴.

Esmase õiguse kohaldumisasal on küsimus lahtine. Pigem võib asuda seisukohale, et välismaine isik peab seotud olema, isegi kui tema seotus on väga kaudne²³⁵.

²³² Kohtujurist Tizzano 28.06.2001. a ettepanek kohtuasjas C-92/00 p 19: EKL 2002, lk I-05553

²³³ EK 25.04.1996. a otsus kohtuasjas C-87/94 p 31, 33: EKL 1996, lk I-02048

²³⁴ EK 25.04.1996. a otsus kohtuasjas C-87/94 p 74: EKL 1996, lk I-02048

²³⁵ Kohtujurist Stix-Hackel 12.04.2005. a ettepanek kohtuasjas C-231/03 p 27: EKL 2005, lk I-07287

Võrdse kohtlemise põhimõtte alusena on kohus viidanud ka hilisemate direktiivide konkreetsetele sätetele. Kohtuasjas Euroopa Komisjon Belgia Kuningriigi vastu leidis kohus, et võrdse kohtlemise põhimõtte tulenes sektoridirektiivi sättest, mis nägi ette tellija kohustuse hoolitseda selle eest, et ei esineks ettevõtjate ja tarnijate diskrimineerivat kohtlemist²³⁶, ja kohtuasjas Euroopa Komisjon Prantsuse Vabariigi vastu teenuslepingute direktiivi sättest, mis nägi ette keelu vahetegemiseks eri teenuseosutajate vahel²³⁷.

3.1.3. Võrdse kohtlemise põhimõtte sisu

Võrdse kohtlemise põhimõtte ei ole uudne. Üldine võrdsuse põhimõtte kuulub ühenduse õiguse põhiprintsiipide hulka²³⁸. Vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale nõuab põhimõtte, et võrdseid olukordi ei tohi kohelda erineval viisil, ja erinevaid olukordi võrdväärsetena²³⁹; välja arvatud need juhtumid, kui selline kohtlemine on objektiivselt põhjendatud²⁴⁰. Pakkujate võrdse kohtlemise printsiibi korral lähtutakse samadest alustest.

Laias piiris kohaldatakse riigihangete puhul võrdse kohtlemise põhimõtet hankekriteeriumidele ja hankemenetluse läbiviimisele. Pakkujate kvalifitseerimise tingimused, hankeobjekti kirjeldus ja pakkumise hindamiskriteeriumid ei tohi soosida teatud kindlat ettevõtjat. Sama moodi ei tohi tellija teatud ettevõtjat eelistada menetlustoimingute käigus, näiteks võtta mõnelt ettevõtjalt pakkumine vastu pärast pakkumiste laekumise tähtaega, lubada tal pakkumise sisu muuta või esitada uus pakkumine.

Võrdse kohtlemise põhimõtte eeldab võrdsuskriteeriumi kasutamist²⁴¹. Kõigepealt tuleb välja selgitada, millised isikud (olukorrad)²⁴² on olemuslikult võrdsed. Alexy eristab ebavõrdse kohtlemise kindlaks tegemisel kaht etappi: ühise soomõiste alla

²³⁶ EK 25.04.1996. a otsus kohtuasjas C-87/94 p 51-52: EKL 1996, lk I-2043

²³⁷ EK 14.10.2004. a otsus kohtuasjas C-340/02 p 34: EKL 2004, lk I-09845

²³⁸ EK 08.10.1980. a otsus kohtuasjas C-810-79 p 16: EKL 1980, lk I-2747

²³⁹ Selliselt sisustas võrdsuse juba Aristoteles, vt nt Aristoteles. Politik. Leipzig, 1922, III, 9, 1280 a Alexy, lk 87 kaudu

²⁴⁰ Uuematest kohtulahenditest EK 14.12.2004. a otsus kohtuasjas C-434/02 p 68: EKL 2004, lk I-11825; EK 09.09.2004. a otsus kohtuasjas C-304/01 p 31: EKL 2004, lk I-07655; EK 14.12.2004. a otsus kohtuasjas C-210/03 p 70: EKL 2004, lk I-11993).

²⁴¹ Hesse, lk 167, 172; Pünder, lk 42 kaudu

²⁴² Sulgudes magistr töö autori täiendus.

subsumeerimist ja ebavõrdse kohtlemise kirjeldamist²⁴³. Esimene etapp ehk ühise soomõiste alla paigutamine kujutab endast võrdsete leidmist. Võrdne kohtlemine ei eelda seejuures skemaatilist võrdsust. Hanget ei saa juba selle olemust arvestades anda kõigile huvitatud ettevõtjatele²⁴⁴. Võrdsus riigihangetes tähendab eelkõige taotlejate ja pakkujate ühtset ja objektiivset kohtlemist²⁴⁵.

Millal on aga ebavõrdne kohtlemine lubatud? Ebavõrdne kohtlemine võib olla ette nähtud õigusaktidega. Õigusliku ebavõrdsusega kompenseeritakse faktilist ebavõrdsust. Direktiividega on näiteks lubatud töötute sotsiaalse integratsiooni kaitseks reserveerida tellimused töökodadele, mis tegelevad töötute väljaõppega. Seda põhjusel, et sellised töökojad ei ole töötute rakendamise tõttu hangetes konkurentsivõimelised ning neid tuleb muuta võrdsemaks²⁴⁶. Tellija taolisi soodustusi ise kehtestada ei saa. Samas on selge, et nii kvalifitseerimistingimused, hankeobjekti tehniline kirjeldus kui ka hindamiskriteerium on alati teatud ettevõtja(te)le sobivamad kui teistele. Kui aga sellised kriteeriumid ja tingimused on objektiivselt põhjendatavad ning ei ole meelevaldsed, siis on need võrdse kohtlemise põhimõttega kooskõlas. On oluline, et tingimus oleks hankeobjektiga seotud, kõikide pakumiste jaoks ühtviisi kehtiv ning teeniks tellija majanduslikke huve²⁴⁷. Õiguskirjanduses on näiteks peetud meelevaldseks suunatud tehnilist kirjeldust, s.o asja või teenuse spetsifikatsiooni, mis on kokkusobiv vaid ühe konkreetse ettevõtja pakutava kauba või teenusega²⁴⁸. Kui aga tellija suudab ära põhjendada, et tema vajadustele vastab nimelt selle ühe konkreetse ettevõtja toode või teenus, siis võib selline kirjeldus olla lubatav, kuna esineb mõistlik põhjus²⁴⁹.

Kui erinev kohtlemine ei too kaasa ettevõtja õiguste tõsist riivet, vaadatakse üksnes, kas erinevat kohtlemist tinginud asjaolud pole meelevaldsed; seevastu kui on tegemist pakkuja õiguste olulise riivega, siis saab seda õigustada vaid kaaluka põhjusega, mis nõuab proportsionaalsuse kontrolli²⁵⁰. Proportsionaalsus koosneb kolmest astmest – abinõu sobivus, vajalikkus ja proportsionaalsus kitsamas tähenduses ehk mõõdukus.

²⁴³ Alexy, lk 91

²⁴⁴ Pünder, lk 43

²⁴⁵ EK 04.12.2003.a otsus kohtuasjas C-448/01 p 47–48: EKL 2003, lk I–14527

²⁴⁶ Direktiivi 2004/18/EÜ 28. põhjendus, direktiivi 2004/17/EÜ 39. põhjendus

²⁴⁷ EK 17.09.2002. a otsus kohtuasjas C-513/99 p 52: EKL 2002, lk I–07213

²⁴⁸ Pünder, lk 43

²⁴⁹ Vt ka Justiitsministeerium. M.Ernits, lk 117

²⁵⁰ Pünder, lk 45

Kohtuasjas *Fabricom* pidas kohus liikmesriigi õigusakti sätet, mis keelas hankemenetluse ettevalmistamisest osa võtnud ettevõtjate osalemise hankekonkursil, võrdse kohtlemise eesmärgi tõttu ebavajalikuks ja seega ülemääraseks. Kohus leidis, et nii hankemenetluse ettevalmistamisel osalenud kui ka mitteosalenud ettevõtjate võrdsuse tagamiseks võib leida ka vähem piiravaid abinõusid²⁵¹. Võib ka väita, et hankemenetlusest automaatselt välistatud ettevõtjate kahjustamine oli nende suhtes suurem riive kui ettevalmistustes mitteosalenud ettevõtjatele see, et nad hanke ettevalmistamise etapis ei osalenud. Seega võib juhtumis näha ka hanke ettevalmistamisel osalenud ja mitteosalenud isikute ebavõrdsuse kaalumist.

Pünder on seisukohal, et proportsionaalsuse kontroll tuleb riigihangetes eeskätt ette võtta, kui tellimus antakse teadlikult ettevõtjale, kes ei teinud majanduslikult kõige soodsamat pakkumist, või kui kvalifitseeritakse ettevõtja, kes on lepingu täitmiseks vähem võimeline kui mõni teine ettevõtja²⁵². Kohus on korduvalt rõhutanud riigihangete majanduslikku aspekti – tellimuse peab saama majanduslikult kõige soodsama pakkumise teinud ettevõtja²⁵³. Kõiki ettevõtjaid koheldakse sellest lähtuvalt võrdselt: tellimuse saab ettevõtja, kes teeb soodsaima pakkumise. Sellest põhimõttest hälvimine on oluline kõrvalekalle ja vajab seetõttu proportsionaalsuse kontrolli.

Erinevat kohtlemist võib õigustada legitiimse eesmärgiga, s.o kui mõne poliitilise eesmärgi huvides kaldutakse põhimõttest kõrvale ning koheldakse mõnd pakkujat sellest lähtuvalt eelistatuna²⁵⁴. Ühenduse riigihankeõiguses tunnustatakse legitiimse eesmärgina keskkonnakaitset, pikaajaliste töötute tööhõive ja soolise võrdsuse tagamist²⁵⁵. Näiteks juhtumis *Concordia Bus* kasutati pakkumiste hindamisel keskkonnakriteeriume, mis viisid pakkujate erineva kohtlemiseni, kuid see oli õigustatud keskkonnakaitselistel eesmärkidel; juhtumis *Beentjes* anti võimalus eelistada pakkujaid, kes kaasasid tellimuse täitmisse pikaajalisi töötuid. Siiski ei piisa erandi tegemiseks üksnes legitiimse eesmärgi olemasolust, vaid tuleb kontrollida, kas erandi tegemine on sobiv ning tarvilik, samuti ei lähe taotletava eesmärgi

²⁵¹ EK 03.03.2005. a otsus ühendatud kohtuasjades C-21/03 ja C-34/03 p 35: EKL 2005, lk I-01559

²⁵² Pünder, lk 49

²⁵³ Samuti EK 10.09.1998. a otsus kohtuasjas C-360/96 p 41–42: EKL 1998, lk I-06821; EK 01.02.2001. a otsus kohtuasjas C-237/99 p 41–42: EKL 2001, lk I-00939; EK 27.11.2001. a otsus ühendatud kohtuasjades C-285/99 ja C-286/99 p 36: EKL 2001, lk I-09233

²⁵⁴ Pünder, lk 45

²⁵⁵ Direktiivi 2004/18/EÜ põhjenduse p 1

saavutamiseks vajalikust kaugemale²⁵⁶. Tegu on proportsionaalsuse kontrolliga. Seejuures mida tugevam on erineva kohtlemise piirav mõju pakkujate turulepääsuks, seda tungivam peab olema seda õigustav vajadus²⁵⁷. Juhtumis Concordia Bus kaalus linnaliini busside heitgaaside ja müra vähendamise eesmärk üles asjaolu, et pakkujaid, kes suutsid keskkonnasäästlikke busse hankida, oli vähe ning üks nendest oli tellija kontrolli all olev ettevõtja²⁵⁸. Kühling toob aga vastupidise näitena regionaalse ostu, mida ei saa keskkonnakaitseliste aspektidega põhjendada. See satuks vastuollu siseturu eesmärgiga. Selle kohaselt peab kaupadele olema tagatud vaba liikumine, vaatamata sellele, et kaupade vahetusega kaasneb transpordi kahjulik mõju keskkonnale. Siseturuintegratsiooni fundamentaalprintsibiist hälbimist ei saa ka keskkonnakaalutlused õigustada: viimased kaalub siseturu eesmärk üle²⁵⁹. Arvestades, et ühenduse riigihankepoliitika kujutab endast osa siseturupoliitikast, oleks riigihankeõiguses siseturu toimimist oluliselt takistavate erandite tegemine selgelt ebaproportsionaalne.

Euroopa Kohtu antud definitsioonis paigutuvad mõlemad, s.o nii mõistlik põhjus kui ka kaalukad põhjused, objektiivsete põhjenduste alla, sellele vaatamata on kohtupraktikat analüüsid võimalik meelevaldsuse ja proportsionaalsuse kontrolli vahet näha.

3.1.4. Kriteeriumid

Võrdse kohtlemise põhimõtet rikuvad pakkujate kvalifitseerimise, hankeobjektile esitatavad tehnilised ning pakkumiste hindamise tingimused, millega seatakse teatud ettevõtja eelisseisundisse ning seda mitte majanduslikel, vaid objektiivselt põhjendamatutel tingimustel. Jutt on tingimustest, mis ei ole lepingut täita suutva pakkuja ja soodsaima pakkumise väljavalimiseks vajalikud, vaid tõstavad põhjendamatult esile pakkumise, mis tellija tegelikke vajadusi ja majanduslikke huve ei teeni. Siinjuures tuleb meenutada, et tellijate näol on tegemist maksutuludest finantseeritavate või monopoolses seisus olevate institutsioonidega, kellel ei ole survet majanduslikuks käitumiseks erinevalt turul konkureerivatest ettevõtjatest. Seetõttu eksisteerib ka korruptsioonirisk. Kohtujurist Jacobs tuletab seoses

²⁵⁶ Pünder, lk 44

²⁵⁷ Kühling, lk 348

²⁵⁸ EK 17.09.2002. a otsus kohtuasjas C-513/99 p 65, 86: EKL 2002, lk I-07213

²⁵⁹ Kühling, lk 348, 352

riigihankedirektiividega meelde, et nende ülesandeks on muu hulgas tagada avalike vahendite aus kasutamine ilma igasuguse eelistamise või rahalise või poliitilise vastutasuta²⁶⁰.

Direktiivi sätted kvalifitseerimise, tehniliste kirjelduste ja pakkumiste hindamiskriteeriumide kohta sätestavad reeglid, mis on suunatud põhjendamatute tingimuste ära hoidmisele. Nii on direktiivis loetletud üles dokumendid, mida võib pakkujatelt kvalifikatsiooni kontrollimiseks nõuda, tehniliste kirjelduste juures ei tohi ära tuua konkreetseid tooteid, kaubamärke ega kauba päritolu, mis võiksid anda eeliseid teatud ettevõtjatele, hindamiskriteeriumideks võib olla üksnes madalaim hind või majanduslikult soodsaim pakkumine.

Kuna pakkumiste hindamine on riigihanke viimane ja otsustav etapp, on nimelt hindamiskriteeriumidega seotud kohtupraktika arvukas.

Majanduslikult soodsaima pakkumise kriteeriumi kasutamisel võib tellija parima pakkumise välja selgitamisel kasutada erinevaid alakriteeriume, nagu kvaliteet, hind, tehniline väärtus jne²⁶¹. Seejuures ei ole kriteeriumid direktiivis ammendavalt loetletud, vaid tellija võib peale nimetatute kasutada ka teisi kriteeriume²⁶², mis võimaldavad majanduslikult soodsaimat pakkumist välja selgitada²⁶³. Kriteeriumid peavad võrdse kohtlemise tagamiseks andma ühtlasi võimaluse pakkumisi objektiivselt võrrelda ja hinnata²⁶⁴.

Kui tellija kasutab hinnakriteeriumi, siis küsimust tingimuse objektiivsusest ei teki, küll tekib see, kui kasutatakse majanduslikult soodsaima pakkumise kriteeriumit, mille tingimuste valikul on tellijal ulatuslik kaalutusõigus²⁶⁵. Objektiivne hinnatavus ei tähenda siiski seda, et tingimused peavad olema absoluutse täpsusega mõõdetavad. See tuleneb juba direktiivi sõnastusest, mille järgi võib hindamise tingimuseks olla ka hangitava objekti esteetilised omadused²⁶⁶. Hindamise tingimusi jagataksegi

²⁶⁰ Kohtujurist Jacobi 10.05.2001.a ettepanek kohtuasjas C-19/00 p 33: EKL 2001, lk I-07725

²⁶¹ Direktiivi 2004/18/EÜ art 53 lg 1 p a

²⁶² EK 18.10.2001.a otsus kohtuasjas C-19/00 p 35: EKL 2001, lk I-07725; EK 17.09.2002. a otsus kohtuasjas C-513/99 p 54: EKL 2002, lk I-7213; EK 19.06.2003. a otsus kohtuasjas C-315/01 p 63: EKL 2003, lk I-06351

²⁶³ EK 19.06.2003. a otsus kohtuasjas C-315/01 p 64: EK 2003, lk I-06351

²⁶⁴ Direktiiv 2004/18/EÜ põhjenduse p 46 viimane lõik; samuti EK 16.09.1999. a otsus kohtuasjas C-27/98 p 31: EKL 1999, lk I-5697; EK 07.10.2004. a otsus kohtuasjas C-247/02 p 37: EKL 2004, lk I-09215

²⁶⁵ Tellija kaalutusõiguse kohta EK 18.10.2001. a otsus kohtuasjas C-19/00 p 36: EKL 2001, lk I-7725; EK 19.06.2003. a otsus kohtuasjas C-315/01 p 64: EKL 2003, lk I-6351

²⁶⁶ Direktiiv 18/2004/EÜ art 53 lg 1 a; varasem direktiiv 92/50/EMÜ art 36 lg 1 a

kvantitatiivseteks ja kvalitatiivseteks selle järgi, kas need on täpselt mõõdetavad või hinnangulised. Kvalitatiivsed tingimused, nagu hanke objekti kvaliteet, tehniline väärtus, esteetilised ja funktsionaalsed omadused, jäävad alati hinnangulisteks, mistõttu jääb tellijale otsuse tegemisel mänguruum²⁶⁷. Objektiivsuse nõude täitmiseks ei pea tingimus olema üksüheselt käsitatav. Samas on kohus rõhutanud, et tingimus ei tohi olla nii umbmäärane, et jätab tellijale piiramatut otsustusvabadust²⁶⁸. Näiteks tingimus, et “edukaks tunnistatakse pakkumine, mis näib tellijale kõige soodsam,” ei ole lubatav²⁶⁹. Eeltoodud näite puhul puuduvad kriteeriumid, millele vastavus oleks väljastpoolt kontrollitav: tellijale on antud sisuliselt suva (oma äranägemine) otsustamiseks, kellele tellimus anda. Hindamise juures ei tohi aga midagi jääda juhuse või otsustaja hea tahte hooleks²⁷⁰.

Võrdse kohtlemise põhimõttega on seetõttu vastuolus hindamistingimus, mille täitmist tellija pole suuteline hindama. Kui tellija seab hindamistingimuseks tarnitava elektri pärinemise taastuvatest energiaallikatest ning seejuures teatab, et ta ei ole võimeline tehniliselt kontrollima, kui palju elektrist tegelikult sellistest allikatest tarnitakse, siis ei ole objektiivne pakkumiste hindamine tingimuse alusel võimalik²⁷¹. Samas ei ole keelatud tingimus, mille täitmine ei ole hindamise momendil küll üheselt kindlaks tehtav, kuid mille täitmise tõenäosust on võimalik eksperdi arvamuse kaudu välja selgitada. Kohtuasja SIAC asjaolude kohaselt andis ekspert oma arvamuse ehitiste haldamisega kaasnevate tulevikus tekkivate kulude kohta. Kohus leidis, et kui kulude suuruse vastavuse kohta on võimalik anda eksperdiarvamus valdkonna praktikas sobilikuks ja autoriteetseks tunnistatud objektiivsetele faktoritele tuginedes, siis on hindamistingimus lubatav²⁷².

Tellijal tuleb leida mõistlik tasakaal hindamistingimuse paindlikkuse ja määratletuse vahel. Kui näiteks on tegu kunstialaste või ka uuenduslike ja keerukate tehniliste lahendustega, on selgelt määratletud kriteeriume keerukas, kui mitte võimatu anda. Kohtuasjas *Viaggi di Maio* palus siseriiklik kohus Euroopa Kohtult eelotsustust

²⁶⁷ Esimese astme kohtu 25.02.2003. a otsus kohtuasjas T-183/00 p 74: EKL 2003, lk II-00134; EK 28.03.1985. a otsus kohtuasjas C-274/83 p 25: EKL 1985, lk I-01077

²⁶⁸ EK 18.10.2001. a otsus kohtuasjas C-19/00 p 37: EKL 2001, lk I-7725; EK 20.09.1988. a otsus kohtuasjas C-31/87 p 26: EKL 1988, lk I-04635

²⁶⁹ EK 20.09.1988. a otsus kohtuasjas C-31/87 p 25: EKL 1988, lk I-04635

²⁷⁰ Kohtujurist Colomberi 08.09.2005. a ettepanek kohtuasjas C-331/04 p 25: EKL 2005, lk I-10109

²⁷¹ EK 04.12.2003. a otsus kohtuasjas C-448/01 p 50-52: EKL 2003, lk I-14527

²⁷² EK 18.10.2001. a otsus kohtuasjas C-19/00 p 44-45: EKL 2001, lk I-07725

küsimuses, kas pakkumise hindamistingimus peab olema absoluutselt määratletud või on pakkumiste hindamisel võimalik tingimust hiljem ka teatud määral täpsustada ja täiendada, andes igale konkreetsele asjaolule, mida hanketeate kohaselt sooviti hinnata, individuaalse tähenduse ja konkreetse kaalu²⁷³. Euroopa Kohus asus seisukohale, et kui tellija ei näe ette jäika hindamiskriteeriumit, vaid see võimaldab kaalutlemist, siis on selliselt hindamiskriteeriumi seadmine ühenduse riigihankeõiguse järgi lubatav, kui ei eksita järgmiste põhimõtete vastu: ei muudeta hankedokumentides või hanketeates määratletud pakkumise hindamise tingimusi; tingimuse täpsustamisega ei võeta arvesse uusi asjaolusid, mis oleksid ettevalmistamist võinud mõjutada, kui need oleksid olnud pakkumiste ettevalmistamise ajal teada; tingimus ei ole diskrimineeriv²⁷⁴.

Lisaks objektiivsusele peab hindamise tingimus olema seotud hangitava objektiga, ilma erinevusteta kõigile pakkumistele kohaldatav ja võimaldama majanduslikult soodsaimat pakkumist välja valida²⁷⁵. Seejuures ei pea majanduslikult soodsaima pakkumise tingimus olema puhtmajanduslik, arvestades legitiimseid eesmärke võib selleks olla ka keskkonna-, sotsiaal- või soolist võrdsust soodustav tingimus²⁷⁶. Küll ei tohi selliseid tingimusi kasutada selleks, et eelistada mõnda konkreetset pakkujat, tingimus peab olema hankeobjektiga seotud ega tohi olla kunstlik. See tähendab, et tingimus peab olema tellimuse liiki ja tellija vajadusi arvestades objektiivselt õigustatav²⁷⁷.

Juhtum *Concordia Bus* pidas kohus linnaliini bussiveoteenuse riigihanke hindamistingimusena lubatavaks seada tingimusi kasutatavate busside heitgaaside ja müra tasemele²⁷⁸. Helsingi linn põhjendas tingimust linnakodanike huviga linna õhusaaste vähendamiseks²⁷⁹. Tingimus linnakeskkonda säästvate busside kasutamiseks oli seotud tellitava liiniveoteenuse ja tellija vajadustega ning ei kujutanud endast põhjendamatut hindamistingimust.

²⁷³ EK 24.11.2005. a otsus kohtuasjas C-331/04 p 13: EKL 2005, lk I-10109

²⁷⁴ EK 24.11.2005. a otsus kohtuasjas C-331/04 p 32: EKL 2005, lk I-10109

²⁷⁵ EK 20.09.1988. a otsus kohtuasjas C-31/87 p 19: EKL 1988, lk 04635; EK 28.03.1995. a otsus kohtuasjas C-324/93 p 42: EKL 1995, lk I-563

²⁷⁶ Vt direktiivi 18/2004/EÜ põhjenduse p 46

²⁷⁷ Kohtujurist Mischo 13.12.2001. a ettepanek kohtuasjas C-513/99 p 151: EKL 2002, lk I-07213

²⁷⁸ EK 17.09.2002. a otsus kohtuasjas C-513/99 p 69: EKL 2002, lk I-07213

²⁷⁹ Kohtujurist Mischo 13.12.2001. a ettepanek kohtuasjas C-513/99 p 66: EKL 2002, lk I-07213

Juhtumisel Concordia Bus kerkis üles ka küsimus sellest, kas pole tegemist võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumisega, kui seatud hindamistingimusi suudavad täita vaid vähesed ettevõtjad ning üks neist on tellija osalusega ettevõtja²⁸⁰. Kohus leidis, et pakkumise hindamistingimus ei ole vastuolus võrdse kohtlemise põhimõttega, kui seda suudavad täita vaid vähesed ettevõtjad²⁸¹. Seega ei nõua võrdne kohtlemine, et tellija peaks ilmtingimata seadma sellised hindamistingimused, mida võimalikult paljud ettevõtjad on suutelised täitma. Kohtujurist Mischo leiab, et see kujutaks vastupidiselt võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumist: kui tellija loobub tingimusest seepärast, et üks või mitu pakkuja ei ole võimelised seda täitma, siis kahjustab ta seeläbi pakkujaid, kes suudavad tingimust täita, ning võtab sellega viimastelt konkurentsieelise. Hankemenetlus ei ole üksnes seetõttu vastolus võrdse kohtlemise põhimõttega, kui selles kasutatakse hindamistingimust, mida on suuteline täitma vaid üks pakkuja²⁸².

3.1.5. Hankemenetlus

3.1.5.1. Hankemenetluse kujundamine

Võrdse kohtlemise põhimõtte eeldab menetluslikku võrdsust²⁸³. Seda on rikutud, kui riigihanget ei kuulutata direktiivis ette nähtud korras välja ning tellimuse saab ilma hankemenetlust läbimata tellija valitud ettevõtja²⁸⁴. See tähendab, et hankemenetluse korraldamise nõude eiramine kui selline on võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumine. Ebavõrdne kohtlemine avaldub siin ettevõtjate suhtes, kes võiksid olla huvitatud tellimuse saamisest, samuti oleksid suutelised pakkuma tellija vajadustele vastavat kaupa või teenust, kuid kellele pakkumise esitamiseks võimalust ei anta. Ebaõiglaselt eelistatakse üht kindlat ettevõtjat, kes saab tellimuse teiste ettevõtjatega konkureerimata. Seejuures ei ole põhimõtte rikkumiseks üksnes täielik, vaid ka osaliselt tööde andmata jätmine hankemenetluses. Kohus luges võrdse kohtlemise rikkumiseks seda, kui riigihanke võitnud ettevõtjaga sõlmiti hiljem leping täiendavateks töödeks, mida riigihanke teates nimetatud ei olnud²⁸⁵. Teistele

²⁸⁰ EK 17.09.2002. a otsus kohtuasjas C-513/99 p 71–72: EKL 2002, lk I-07213

²⁸¹ EK 17.09.2002. a otsus kohtuasjas C-513/99 p 85: EKL 2002, lk I-07213

²⁸² Kohtujurist Mischo 13.12.2001. a ettepanek kohtuasjas C-513/99 p 154–155: EKL 2002, lk I-07213

²⁸³ Pünder, lk 50

²⁸⁴ EK 11.01.2005. a otsus kohtuasjas C-26/03 p 51: EKL 2005, lk I-00001; EK 10.11.2005. a otsus kohtuasjas C-29/04 p 48: EKL 2005, lk I-09705

²⁸⁵ EK 14.10.2004. a otsus kohtuasjas C-340/02 p 30: EKL 2004, lk I-09845

ettevõtjatele ei antud võimalust esitada pakkumisi täiendavate tööde osas ja seeläbi koheldi neid ebavõrdselt.

Samas ei riku võrdse kohtlemise põhimõtet tellija toiminguid, mis kujutavad endast vaid turu-uuringut või on ettevalmistava loomuga ning mille puhul on tegemist tellija sisekaalutlustega enne hankelepingu sõlmimist²⁸⁶. Ettevalmistavate toimingute käigus selgitab tellija välja, millised pakkujate kvalifitseerimise- ja hindamise kriteeriumid oleks vaja kehtestada, et saada usaldusväärselt ettevõtjalt tellija vajadustele vastav kaup või teenus parimatel tingimustel. Iga riigihanke edukaks läbiviimiseks on ettevalmistavad toimingud hädavajalikud. Juba hankelepingu eeldatava maksumuse määramiseks peab tellija olema kursis turul valitseva hinnatasemega. Eeldatava maksumuse ning sobivate hanketingimuste välja selgitamiseks võib tellija teha ettevõtjate seas küsitlusi, paluda reklaamprospekte, uurida ettevõtjate kodulehekülgedel olevat teavet jms. Kohtujurist Leger leiab, et tellijal ei ole keelatud ka küsida või saada nõu (näiteks tehnilise kirjelduse koostamiseks) muu hulgas isikutelt, kellest võib saada hiljem pakkujad, kui selle juures ei kahjustata konkurentsi²⁸⁷. Hankemenetlust ettevalmistavate toimingutega tellija end veel ühegi ettevõtjaga ei seo ning seetõttu üldjuhul need toimingud endast ohtu võrdsele kohtlemisele ei kujuta. Samal põhjusel leidis kohus kohtuasjas Fabricom, et siseriiklik õigusnorm, mis keelas isikutel, kes olid tegelenud ehitustööde, tarnete või teenuste alaste teadusuuringute, katsete, uurimustööde või arendustegevusega, nende samade ehitustööde, tarnete või teenustega seotud riigihanke menetluses osalemise, oli ülemäärane²⁸⁸. Siseriiklik säte oli loodud kaalutlusega, et isikud, kes tööde ettevalmistamisel osalevad saavad teiste ettevõtjate ees eelise, mistõttu tuleb nad hankemenetlusest kõrvale jätta²⁸⁹. Sellist absoluutset keeldu menetluses osalemiseks pidas kohus võrdse kohtlemise tagamisel ebavajalikuks, ning vastupidi – see seadis ebavõrdsesse olukorda hanke ettevalmistusjärgus osalenud ettevõtjad²⁹⁰. Kohtujurist Leger leiab, et kui on tõendatud, et hanke ettevalmistamisel osalenud isiku pärastine osavõtt hankemenetlusest talle teiste pakkujate kahjuks määravaid eeliseid ei loo, siis on tema osavõtt menetlusest lubatav. Arvamuses tugines ta direktiivide põhjendustele,

²⁸⁶ EK 11.01.2005. a otsus kohtuasjas C-26/03 p 35: EKL 2005, lk I-00001

²⁸⁷ Kohtujurist Legeri 11.11.2004. a ettepanek ühendatud kohtuasjades C-21/03 ja C-34/03 p 29: EKL 2005, lk I-01559

²⁸⁸ EK 03.03.2005. a otsus ühendatud kohtuasjades C-21/03 ja C-34/03 p 36: EKL 2005, lk I-01559

²⁸⁹ EK 03.03.2005. a otsus ühendatud kohtuasjades C-21/03 ja C-34/03 p 18: EKL 2005, lk I-01559

²⁹⁰ EK 03.03.2005. a otsus ühendatud kohtuasjades C-21/03 ja C-34/03 p 35: EKL 2005, lk I-01559

milles lubati tehniliste kirjelduste koostamisel tellijal ettevõtjalt nõu küsida²⁹¹. Seega ei too pakkuja osavõtt hanke ettevalmistamisest veel iseendast kaasa võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumist.

3.1.5.2. Pakkumiste kontroll ja hindamine

Kohtupraktikas on korduvalt rõhutatud, et pakkujaid tuleb nii pakkumiste ettevalmistamise kui hindamise faasis kohelda võrdselt²⁹², ehk teiste sõnadega – võrdne kohtlemine tuleb tagada kogu hankemenetluse jooksul.

Pakkujate võrdse kohtlemise põhimõte nõuab, et kõik pakkumised peavad vastama hankedokumentides toodud tingimustele, seda selleks, et oleks tagatud iga üksiku pakkuja jaoks tema pakkumise objektiivne võrdlemine²⁹³. Hankedokumendid, milles on kirjas pakkumiste esitamise ja hankelepingu tingimused, on ühesugusena kõikidele pakkujatele pakkumiste koostamise aluseks. Pakkujad koostavad pakkumise, sh seavad hinna või muud hindamisel arvesse võetavad tingimused, arvestades hankedokumente, eelkõige selles hankeobjektile esitatavaid nõudeid. Võrdse kohtlemise tagamiseks on oluline, et kõik pakkujad lähtuvad pakkumiste koostamisel ühtsetest alustest. Edukaks tuleb tunnistada pakkuja, kes pakub hankedokumentides ette antud tingimuste juures tellimuse täitmiseks kõige madalama hinna või majanduslikult soodsaimad tingimused.

Võrdse kohtlemise põhimõtet rikub see, kui tellija aktsepteerib hankedokumentidele mittevastavat pakkumist²⁹⁴. Samuti ei tohi tellija muuta hankedokumente ilma, et ta annaks kõigile pakkujatele võimalust muudatustega arvestada²⁹⁵. Tellija ei tohi seega kõrvale kalduda pakkumistele seatud ühtsetest tingimustest ning teha ebaõiglaselt mõõndusi pakkumise osas, mis tingimustele ei vasta. Juhul kui tellija arvestab hankedokumentidele mittevastavat pakkumist, võib see anda pakkumise teinud ettevõtjale hindamise etapis teiste pakkujatega võrreldes eeliseid. Selliselt toob

²⁹¹ Kohtujurist Legeri 11.11.2004. a ettepanek ühendatud kohtuasjades C-21/03 ja C-34/03 p 29-33: EKL 2005, lk I-01559; direktiivi 97/52/EÜ põhjenduse p 10 ja direktiivi 98/4/EÜ põhjenduse p 13

²⁹² EK 25.04.1996. a otsus kohtuasjas C-87/94 p 54: EKL 1996, lk I-2043; EK 18.10.2001. a otsus kohtuasjas C-19/00 p 34: EKL 2001, lk I-07725; EK 24.11.2005. a otsus kohtuasjas C-331/04 p 22: EKL 2005, lk I-10109

²⁹³ EK 22.06.1993. a otsus kohtuasjas C-243/89 p 37: EKL 1993, lk I-03353

²⁹⁴ EK 22.06.1993. a otsus kohtuasjas C-243/89 p 41-43: EKL 1993, lk I-03353; EK 25.04.1996. a otsus kohtuasjas C-87/94 p 70: EKL 1996, lk I-02043

²⁹⁵ Näiteks riigihangete seaduse § 25 järgi on dokumentide muutmine lubatud pakkumiste esitamise tähtaja esimese poole jooksul tingimusel, et muudatustest teavitatakse samaaegselt kõiki pakkujaid.

kohtujurist Tesauro välja, et kui tellija sellele vaatamata, et hankedokumentides oli ette nähtud pakkuja täielik vastutus töö läbiviimise eest, aktsepteerib pakkumist, milles vastutus on nii rahaliselt kui ka ajaliselt piiratud, siis on selge, et nende pakkujate pakutud hind, kes arvestasid täieliku vastutusega, on kõrgem ning pakkumised hindamisfaasis vähem konkurentsivõimelised²⁹⁶.

Samamoodi on oluline, et kõik asjaolud, mida tellija võtab majanduslikult soodsaima pakkumise väljaselgitamiseks arvesse, oleksid võimalikele pakkujatele eelnevalt teada²⁹⁷; samuti on oluline, et tellija peaks neist pakkumise hindamisel kinni. Kõigil pakkujatel peab olema võrdselt võimalus teada, mida tellija pakkumiste juures hindab. Vaid sellisel juhul on ettevõtjad pakkumiste tegemisel võrdsed. Kui tellija ootamatult arvestab tingimust, millest teada antud ei olnud, võimaldab see subjektiivselt teatud ettevõtja eelistamist.

Võrdse kohtlemise põhimõttega läheb vastuollu, kui tellija hindab ühe pakkuja poolt oma varasema pakkumise osas tehtud muudatust²⁹⁸. Pakkumiste koostamiseks tuleb kõigile pakkujatele anda ühesugused tingimused ning seetõttu ei tohi üksikutele pakkujatele anda täiendavalt aega pakkumise täiendamiseks või muutmiseks. Seda enam ei tohi seda lubada pärast pakkumiste avamist. Kui pakkumised on avatud ning tingimused teatavaks saanud, on pakkujal, kes pakkumist täiendab, eelis, kuna ta teab teiste pakkumiste sisu ja pakub teadlikult tellijale soodsamaid tingimusi. Pärast pakkumiste avamist üksikul pakkujal igasuguse pakkumise täiendamise või muutmise lubamine on võrdse kohtlemise põhimõtte jämedaks rikkumiseks.

Seega peavad võrdse kohtlemise põhimõtte täitmiseks kõik pakkumised vastama hankedokumentides toodud tingimustele. Kõik asjaolud, mida tellija pakkumiste hindamisel arvestab, peavad olema pakkujaile ühtviisi teada ning tellija ei tohi lubada mõnel pakkujal oma varasemat pakkumist muuta või täiendada.

²⁹⁶ Kohtujurist Tesauro 17.11.1992. a ettepanek kohtuasjas C-243/89 p 16: EKL 1993, lk I-03353

²⁹⁷ EK 25.04.1996. a otsus kohtuasjas C-87/94 p 88: EKL 1996, lk I-2043; EK 12.12.2002. a otsus kohtuasjas C-470/99 p 98: EKL 2002, lk I-11617; EK 24.11.2005. a otsus kohtuasjas C-331/04 p 24: EKL 2005, lk I-10109

²⁹⁸ EK 25.04.1996. a otsus kohtuasjas C-87/94 p 56: EKL 1996, lk I-2043

3.2 Mittediskrimineerimise põhimõte

3.2.1. Diskrimineerimise keelu üld- ja erisätted ning keelu sisu

Üldine diskrimineerimiskeeld on kirjas EÜ asutamislepingu artikli 12 esimeses lõikes. Sellele, et tegemist on diskrimineerimiskeelu üldnormiga, viitab juba sätte sõnastus. Artikkel 12 ei ole lepingu ainsaks kodakondsuse alusel diskrimineerimist käsitlevaks artikliks: artikli 12 lõike 1 kõrval esinevad teised diskrimineerimiskeelu (eri)sätted. Riigihangetega seoses olulised kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu erisätted on eelpool käsitletud EÜ asutamislepingu artiklid 43 ja 49²⁹⁹; nagu on märkinud Euroopa Kohus: “mittediskrimineerimise põhimõte on leidnud neis sätetes konkreetse väljenduse”³⁰⁰.

Euroopa Kohus on asunud seisukohale, et kodakondsuse alusel diskrimineerimise üldkeeldu saab eraldiseisvalt kasutada vaid siis, kui leping ei näe diskrimineerimiskeelu erisätet ette³⁰¹. Kui esinevad keelu erisätted, tuleb alati ja eeskätt tugineda neile. Artikli 12 lõiget 1 rakendatakse juhtudel, kui diskrimineerimiskeelu erisätted vastavas valdkonnas puuduvad. Põhjuseks, miks erisätete olemasolu korral üldsätetele ei viidata, on keelu sisaldumine erisätetes enestes. Seetõttu on iga regulatsioon, mis on erisättega vastuolus, samaaegselt vastuolus ka diskrimineerimiskeelu üldsättega. Juhul kui vastuolu erisättega on leidnud kinnitust, ei ole vaja enam üldsätte rikkumist tuvastada³⁰². See oleks tarbetu³⁰³.

Seega hõlmab diskrimineerimise üldkeeld kõik ilma vastavate erisäteteta lepingu valdkonnad ja jääb kohaldamata valdkondades, kus erisätted eksisteerivad.

Nagu eelpool kajastatud, konkretiseerivad erisätted üldsätet ning üldsätte sisu on erisätetes hõlmatud ning siis võib öelda, et artikli 12 lõikel 1 ei ole riigihangetega seoses iseseisvat tähendust: kodakondsuse alusel diskrimineerimise keeld sisaldub

²⁹⁹ EK 14.01.1988. a otsus kohtuasjas C- 63/86 p 12: EKL 1988, lk I-00029

³⁰⁰ EK 27.10.2005. a otsus kohtuasjas C-234/03 p 4: EKL 2005, lk I-09315; sama on väljendanud kohtujurist Jacobs oma 13.04.1989. a ettepanekus kohtuasjas C-305/87 p 14: EKL 1989, lk I-01461

³⁰¹ EK 30.05.1989. a otsus kohtuasjas C-305/87 p 13: EKL 1989, lk I-01461

³⁰² EK 30.05.1989. a otsus kohtuasjas C-305/87 p 12, 28: EKL 1989, lk I-01461; samuti EK 07.03.1991. a otsus kohtuasjas C-10/90 p 13: EKL 1991, lk I-01119

³⁰³ Kohtujurist Jacobsi 13.04.1989. a ettepanek kohtuasjas C-305/87 p 14: EKL 1989, lk I-01461

asutamisvabaduse ja teenuste vaba liikumise sätetes, mille elluviimiseks riigihankedirektiivid vastu võetud on. Sellele vaatamata on Euroopa Kohus üksikutel juhtudel asutamislepingu ja direktiivi artiklite kõrval juhtinud tähelepanu ka diskrimineerimise keelu üldsättele³⁰⁴. Beentjese otsuse kriitika seoses artikli 49 kõrvale jätmisega on leidnud juba eespool käsitlemist, mistõttu magistritöö autor siinkohal seda taas esitama ei hakka.

3.2.2. Mittediskrimineerimise põhimõte riigihankeõiguses

Mittediskrimineerimise põhimõte on kõigi nelja EÜ asutamislepingu põhivabaduse nurgakiviks. Põhimõte nõuab, et kõiki kaupu, isikuid, teenuseid ja kapitali koheldaks väljaspool oma riiki samaväärselt teise liikmesriigi samade ekvivalentidega³⁰⁵. Põhivabadusi käsitlevatest artiklitest on diskrimineerimise keeld riigihankeõigusesse üle tulnud nii riigihanke direktiivide sõnastusse kui ka Euroopa Kohtu arendatud diskrimineerimise keelu ehk mittediskrimineerimise põhimõtte kaudu³⁰⁶. Juba esimeses ehitustöid käsitlevas riigihanke koordineerimisdirektiivis oli kirjas liikmesriikide kohustus kanda hoolt selle eest, et tellijad kohtleksid teiste liikmesriikide pakkujaid oma riigi ettevõtjatega võrdselt³⁰⁷. Kohus hakkas aga riigihankedirektiivide sätete kõrval kohaldama diskrimineerimise keeldu ka seal, kus direktiiv diskrimineerimise osas vaikus³⁰⁸. Õigusliku lahendi leidmiseks võeti põhimõte kasutusse läbiva kriteeriumina riigihankedirektiivide sätete tõlgendamisel. Seega – kuigi mittediskrimineerimist varasemates direktiivides läbiva põhimõtte kujul otse väljendatud ei olnud, ei tähenda see, et põhimõte poleks direktiivide aluseks olnud; Euroopa Kohus on vaid oma praktika kaudu “avanud nende direktiivide tõelise tagapõhja”³⁰⁹. Kohus kirjutas kohtuasjas *The University of Cambridge*, et riigihanke koordineerimisdirektiivide ülesandeks on kõrvaldada ühenduse tasandil takistused teenuste ja kaupade vabaks liikumiseks ning selleks peavad need direktiivid kaitsma liikmesriigi ettevõtja huve, kes tahab kaupu või teenuseid teises liikmesriigis asuvale

³⁰⁴ EK 20.09.1998. a otsus kohtuasjas C-31/87 p 30: EKL 1988, lk I-04635; EK 27.10.2005. a otsus kohtuasjas C-234/03: EKL 2005, lk I-09315; EK 13.10.2005. a otsus kohtuasjas C-458/03 p 47: EKL 2005, lk I-08612

³⁰⁵ Barnard, lk 18

³⁰⁶ EK 10.04.2003. a otsus ühendatud kohtuasjades C-20/01 ja C-28/01 p 62: EKL 2003, lk I-03609

³⁰⁷ Direktiiv 71/305/EMÜ art 22

³⁰⁸ EK 17.09.2002. a otsus kohtuasjas C-513/99 p 69: EKL 2002, lk I-07213; EK 18.06.2002. a otsus kohtuasjas C-92/00 p 47: EKL 2002, lk I-05553

³⁰⁹ Kirjanduses on samas avaldatud kahtlusi, kas direktiivi 93/36/EMÜ art 25 lg 3 alalõik 3, direktiivi 93/37/EMÜ art 29 lõige 3 alalõik 3 ja direktiivi 92/50/EMÜ art 35 lõige 3 alalõik 3 on ikka EÜ asutamislepingu artikliga 12 kooskõlas. Bayer, lk 10

tellijale pakkuda. Direktiivide lõppeesmärgiks on vähendada võimalust, et tellija eelistab riigihankemenetluses kodumaiseid pakkujaid ja taotlejaid³¹⁰ ning ühtlasi välistada oht, et riik, kohalikud omavalitsused või teised avalik-õiguslike isikute rahastatavad või kontrollitavad asutused lasevad end riigihangete korraldamisel ja läbiviimisel juhtida muudest kui majanduslikest kaalutlustest³¹¹. Seega on mittediskrimineerimise põhimõte direktiivide põhialuseks ning kui direktiivi sätetest pole võimalik otse vastavat käitumisjuhist välja lugeda, st tegemist on lüngaga või ebaselge sättega, võetakse toeks mittediskrimineerimise põhimõte.

Kuna mittediskrimineerimine on võrdse kohtlemise suhtes eripõhimõte, siis on põhimõtete rakenduspraktika sarnane³¹². Seetõttu ei hakka autor siinkohal eelmises peatükis käsitletut kordama, vaid käsitleb allpool diskrimineerimise spetsiifilisi juhtumeid.

Riigihangete puhul on iseloomulik kaudne ehk varjatud diskrimineerimine. Teiste liikmesriikide pakkujaid üritatakse peidetud moel tellimustest ilma jätta. Varjatud diskrimineerimisega oli tegemist juhtumis Euroopa Komisjon Prantsusmaa vastu. Hanketeatises oli antud hanke objekti kirjeldus ja sisu Prantsuse kutseühingute poolt välja töötatud klassifikatsioonidest lähtudes, viidatud oli kutseühingute dokumentidele, muu hulgas kollektiivlepingu sätetele. Kohus leidis, et kuigi nende klassifikatsioonide arvestamine ei tähendanud seda, et ainult Prantsuse kutseühingute sertifikaate oleks aktsepteeritud, olid need spetsifikatsioonid nii iseäralikud ja abstraktsed, et tegelikkuses oli vaid Prantsuse ettevõtjatel võimalik nende täpsemat tähendust mõista³¹³. Nagu kirjutas kohtujurist Alber: “Seejuures ei ole tähtsust Prantsuse Valitsuse väitel, et tehnilised spetsifikatsioonid kujutasid endast vaid pidepunkte. Tellija soovi üksnes pidepunktide andmiseks on võimalik realiseerida ka mittediskrimineerival viisil”³¹⁴. Asjaolu, et tehnilistest kirjeldustest said aru vaid

³¹⁰ Kodumaiste ettevõtjate eelistamine ei ole ka Eestile võõras. 1995. aastal vastu võetud riigihangete seaduse järgi oli lubatud eelistada kodumaiseid tooteid ja teenuseid (RT I 1995, 54, 883). Säte tühistati 1998. aastal vastu võetud seaduse muudatustega (RT I 1998, 38, 561).

³¹¹ EK 03.10.2000. a otsus kohtuasjas C-380/98 p 16–17: EKL 2000, lk I-8035; Samuti EK 10.09.1998. a otsus kohtuasjas C-360/96 p 41–42: EKL 1998, lk I-06821; EK 01.02.2001. a otsus kohtuasjas C-237/99 p 41–42: EKL 2001, lk I-00939; EK 27.11.2001. a otsus ühendatud kohtuasjades C-285/99 ja C-286/99 p 36: EKL 2001, lk I-09233

³¹² Näiteks EK 18.11.1999. a otsus kohtuasjas C-275/98 p 31: EKL 1999, lk I-08291 ja EK 12.12.2002. a otsus kohtuasjas C-470/99 p 91: EKL 2002, lk I-11617

³¹³ EK 26.09.2000. a otsus kohtuasjas C-255/98 p 83: EKL 2000, lk I-07445

³¹⁴ Kohtujurist Alberi 14.03.2000. a ettepanek kohtuasjas C-225/98 p 78: EKL 2000, lk I-07445

Prantsuse ettevõtjad, võimaldas omakorda neil saada rohkem informatsiooni hankeobjekti kohta ja seeläbi oli neil kergem tellija nõuetele vastavaid pakkumisi koostada. Seevastu tegi selline hankekirjeldus teiste liikmesriikide pakkujatele keeruliseks esitada pakkumised lühikese tähtaja jooksul, kui üksnes Prantsuse ettevõtjatel oli võimalik ilma kõrvalise abita hankeobjekti kirjeldusest aru saada. Kohus jõudis järeldusele, et kuna välismaised pakkujad võidakse viidetega Prantsuse kutseühingute klassifikatsioonidele ära hirmutada, kujutab hankeobjekti kirjeldus endast varjatud diskrimineerimist³¹⁵.

Eeltoodud juhtumis rakendas kohus mittediskrimineerimise põhimõtet kui direktiivi tõlgenduskriteeriumi. Kohtujurist Alber leidis, et vaatamata sellele, et hankeobjekti tehniliste tingimuste kirjeldamise viis oli direktiivis reguleeritud, tuli seda aga nagu iga teistki direktiivi sätet tõlgendada asutamislepingu sätete valguses³¹⁶.

Lisaks teabe avaldamise viisile võib diskrimineerivaks osutuda selle avaldamise koht ja ulatus. Kohtuasjas Sydev leidis Euroopa Kohus, et avaldades siseriiklikus riigihangete registris teistsuguse informatsiooni kui EÜ ametlikes teadaannetes, diskrimineeris ostja teiste liikmesriikide pakkujaid. Prantsusmaa-siseses riigihangete registris avaldatatud teates märkis tellija ära ka kõik teised riigihankega seotud tööd ja nende kogumaksumuse, EÜ ametlikes teadaannetes avaldatatud teates seda ei tehtud. Teiste liikmesriikide ettevõtjate diskrimineerimine seisnes kohtu seisukoha järgi selles, et ettevõtja, kellel ei ole tellijaga samas riigis asuvat filiaali või ettevõtet, on vähem huvitatud mitmest erinevast väikesemahulisest kui ühest suuremahulisest tööst. Samuti pakkuja, kes ei tea hankega seotud tööde täpset kogumahtu, pakub hankemenetluses ostjale vähem konkurentsivõimelist hinda, kui siis, kui ta teaks kõikidest tööd, s.o kogu hanke mahust³¹⁷. Seevastu nendeks pakkujateks, kes olid teadlikud riigisisese registris avaldatud täielikust hankega seotud informatsioonist, olid suure tõenäosusega nimelt Prantsuse ettevõtjad³¹⁸.

³¹⁵ EK 26.09.2000. a otsus kohtuasjas C-255/98 p 81–83: EKL 2000, lk I-07445

³¹⁶ Kohtujurist Alberi 14.03.2000. a ettepanek kohtuasjas C-225/98 p 76: EKL 2000, lk I-07445

³¹⁷ EK 05.10.2000. a otsus kohtuasjas C-16/98 p 101: EKL 2000, lk I-08315

³¹⁸ Kohtujurist Jacobi 24.02.2000. a ettepanek kohtuasjas C-16/98 p 84: EKL 2000, lk I-08315

Nii nagu ebavõrdne kohtlemine on ka diskrimineerimine keelatud igas hankemenetluse etapis, seetõttu on ka hankest teada andmise staadiumis keelatud igasugune teiste liikmesriikide ettevõtjate diskrimineerimine.

3.3. Läbipaistvuse põhimõte

3.3.1. Läbipaistvuse põhimõtte lähtealused

Ühenduse õiguses peetakse läbipaistvuse põhimõtte all üldjuhul silmas ühenduse kodanike õigust juurdepääsuks ühenduse organite dokumentidele. Sellega taotletakse, et otsustusprotsessid oleksid ühenduse kodanike jaoks läbipaistvad ja usaldusväärsed³¹⁹. Läbipaistvust seostakse ka ühenduse õigusaktide ning nende ülevõtmisega liikmesriikide õigusesse. Õigusaktide regulatsioonid peavad olema selged ja arusaadavad, et võimaldada isikutel subjektiivseid õigusi kaitsta³²⁰. Riigihankemenetluse läbipaistvusel seost eeltoodud tähenduses läbipaistvuse põhimõttega ei ole, kuigi analoogia ja seda nimelt otsustusprotsesside läbipaistvuse osas on täheldatav küll.

Viiteid läbipaistvale ja avatud menetlusele võib leida juba esimesest riigihanke koordineerimisdirektiivist, kuigi sõnaselgelt läbipaistvuse kohustust selles nimetatud ei olnud³²¹. Esimeses kaupade tarne riigihankedirektiivis oli seevastu läbipaistvus juba sõnaselgelt kirjas³²². Hilisemates direktiivides on seda korratud³²³. Uutes riigihanke koordineerimisdirektiivides on läbipaistvus kirjas kui riigihangete aluspõhimõte³²⁴.

Kohtupraktikasse jõudis põhimõte läbi esimese sektorihangete koordineerimisdirektiivi³²⁵. Direktiivile tuginedes leidis kohus, et igas hankemenetluse etapis tuleb pakkujate võrdse kohtlemise kõrval tagada ka menetluse läbipaistvus³²⁶. Hilisemas kohtupraktikas on põhimõtte lähtekohana käsitatud mittediskrimineerimist ja võrdset kohtlemist³²⁷. Nagu märgib kohus, hõlmavad need põhimõtted läbipaistvuse kohustust.

³¹⁹ Lechlerer, lk 349

³²⁰ Dreher, lk 1270; vt ka Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge (2002/C 2003 E/31) 2 absatz 3

³²¹ Direktiivi 71/305/EMÜ põhjenduse lõigud 3 ja 9

³²² Direktiivi 77/62/EMÜ põhjenduse lõik 2

³²³ Direktiivide 89/440/EMÜ, 89/665/EMÜ, 90/531/EMÜ põhjendused

³²⁴ Direktiiv 2004/17/EÜ põhjenduse p 9 ja direktiivi 2004/18/EÜ põhjenduse p 2

³²⁵ Täpsemalt direktiivi 90/531/EMÜ põhjenduse punkti 33 kaudu

³²⁶ EK 25.04.1996. aotsus kohtuasjas C-87/94 p 53–54; EKL 1996, lk I-02043

³²⁷ EK 18.11.1999. a otsus kohtuasjas C-275/98 p 31; EKL 1999, lk I-08291; EK 18.06.2002. a otsus kohtuasjas C-92/00 p 45; EKL 2002, lk I-05553; sama toetab ka direktiivi 2004/17/EÜ põhjenduse p 9

Kirjanduses on samuti leitud, et riigihankeõiguses on läbipaistvuse põhimõtte tuletatud otse primaarõiguslikust diskrimineerimiskeelust, mis on kirjas EÜ asutamislepingu artiklis 12³²⁸. Selle seisukohaga on raske nõustuda. Kohus pole läbipaistvusega seoses artiklile 12 viidanud. Mittediskrimineerimise ja võrdse kohtlemise põhimõtte lähtekohaks riigihankeõiguses on kohus lugenud teenuste osutamise vabaduse ja asutamisvabaduse sätteid. Kuna need kujutavad endast diskrimineerimise keelu erisätteid teenuste osutamise ja asutamisvabaduse valdkonnas, siis on loogiline, et riigihangete puhul tuletatakse läbipaistvuskohustus asutamislepingu artiklite 52 ja 59 diskrimineerimise keelust ja mitte artiklist 12. See tuleb selgelt ilmsiks ka uue klassikalise sektori koordineerimisdirektiivi³²⁹ teisest põhjendusest, mille järgi tuleb riigihangetes kohaldada asutamislepingu põhimõtteid, eelkõige kaupade vaba liikumist, asutamisvabadust ja teenuste osutamise vabadust ning nendest tulenevaid põhimõtteid, sealhulgas läbipaistvuse põhimõtet.

3.3.2. Läbipaistvuse põhimõtte elemendid

3.3.2.1. Avalikustamine

Avalikustamine avaldub esmajoones hankemenetlusest teada andmises. Juba esimeses riigihanke koordineerimisdirektiivis oli ühe riigihankemenetluste ühtlustamise põhimõttena kirjas hankemenetlusest piisav teada andmine³³⁰. Ühenduses toimub see ette antud standardvormide kohaste hanketeade avaldamisega Euroopa Liidu Teatajas³³¹. Koenig ja Kühling peavad hanketeatist läbipaistvuskohustuse tuumaks, kuna seeläbi saavad ettevõtjad hanke toimumisest teada³³². Esimeses koordineerimisdirektiivis on ka kirjas, miks hanketeate avaldamine oluline on ja mis eesmärki see teenib. Nimelt peavad hanketeatistes olevad andmed võimaldama liikmesriikide ettevõtjatel otsustada, kas kavandatavad tellimused pakuvad neile huvi; selleks tuleb teatistes anda neile piisavalt teavet kavandatavast tellimusest ning selle tingimustest³³³. Direktiivi artiklis 6 on kirjas, et tööde kirjeldus tuleb anda selleks

³²⁸ Koenig, Haratsch, lk 2638

³²⁹ Direktiiv 2004/18/EÜ

³³⁰ Direktiivi 71/305/EMÜ põhjenduse lõik 3

³³¹ Hanketeade avaldamist puudutab Euroopa Komisjoni direktiiv 2001/78/EÜ; teated avaldatakse Euroopa Liidu Teataja S-seerias.

³³² Koenig, Kühling, lk 783

³³³ Direktiivi 71/305/EMÜ põhjenduse lõik 9; sama eesmärki on korratud direktiivide 77/62/EMÜ, 93/36/EMÜ ja 93/37/EMÜ põhjendustes.

võimalikult täpselt, et ettevõtjad saaksid õige otsuse langetada. Direktiivi mõjualasse jäävatel riigihankejuhtudel tuleb hanketeated koostada direktiiviga vastavuses. Kohtujurist Alber leiab, et avalikustamispõhimõtet on rikutud ning ei ole võimalik korvata, kui tellija hanketeatistes andmete esitamise asemel kasutab viiteid muudele dokumentidele³³⁴. Seega annab direktiiv ette andmete avalikustamise taseme, millest kõrvale kalduda pole lubatud.

Mida aga teha, kui tegemist on direktiivi rakendusalasasse mittekuuluva hankega? Neile hangetele direktiivi teatise avalikustamise kohustus ei kehti. Siit võib kerkida küsimus, kas neil puhkudel ei olegi avalikustamine vajalik. Meeldetuletuseks, et riigihankepõhimõtted kehtivad ka väljaspool direktiivi, s.o ka teenuse kontsessioonide ja alla direktiivi piirmäära hangete puhul. Viimased kuuluvad primaarõiguse rakendusalasasse ja seeläbi kohalduvad esmase õiguse põhimõtted, nagu seda on ka läbipaistvuse põhimõte.

Eeltoodud küsimustele annab vastuse kohtujurist Christine Stix-Hackl. Kohtuasjast Telaustria pärinev nõue “piisavaks avalikkuse määraks”³³⁵ puudutab eelkõige küsimust, kas avalikustamine peab toimuma. Stix-Hackl leiab, et ei ole välistatud, et võib olla juhtumeid, mil on lubatud vaba menetlus, st hankemenetlus ilma eelneva hanketeateta. Selle kinnituseks toob ta paralleeli direktiividest,³³⁶ mis näevad sellised juhud ette. Kui direktiivid lubavad teha avalikustamisest erandeid, peab see olema sarnastel juhtudel lubatav ka esmase õiguse rakendusalas³³⁷. Komisjon on samal seisukohal³³⁸. Siinkohal tasuks taas meenutada, et direktiivid reguleerivad nimelt kõrgema maksumusega hankeid, s.o hankeid, mille mõju kaupade ja teenuste vabale liikumisele on suurem. Sellest ka kohtujurist Stix-Hackl'i järeldus, et kui siseturu vabadustele olulisemat mõju avaldavate hangete puhul lubatakse teatud juhtudel teade avaldamata jätta, peab see olema sarnastel juhtudel lubatud ka alla piirmäära hangetes. Samal põhjusel leiab Stix-Hackl, et esmase õiguse rakendusalasasse kuuluvate hangete jaoks oleks liiga range, kui hankemenetlust tohiks teateta läbi viia vaid

³³⁴ Kohtujurist Alberi 14.03.2000. a ettepanek kohtuasjas C-255/98 p 65–66: EKL 2000, lk I-07445

³³⁵ EK 07.12.2000. a otsus kohtuasjas C-324/98 p 62: EKL 2000, lk I-10745

³³⁶ Näiteks direktiivi 2004/18/EÜ art 30 a, art 31 (magistritöö autori täiendus)

³³⁷ Kohtujurist Stix-Hackl'i 12.04.2005. a ettepanek kohtuasjas C-231/03 p 93: EKL 2005, lk I-07287

³³⁸ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen. Brüssel den 23.06.2006 COM, s 8

direktiivis lõplikult ära toodud juhtudel³³⁹. Stix-Hackl seisukoht ühtib kohtujurist Fennely omaga, kes leiab samuti, et läbipaistvuskohustus esmases õiguses ei ole samastatav direktiivi nõuetega³⁴⁰. Seega leiavad kohtujuristid, et direktiivi kohaldamisalasse mittekuuluvate hangete puhul ei ole kohane nõuda teate avaldamist analoogselt direktiiviga, vaid siin kehtivad leebemad nõuded. Sellega seoses võib rääkida majanduslikest kaalutlustest: kui tellimuse rahaline väärtus on väike, siis hanketeate koostamisele ja avaldamisele minevad töömahu-, aja- ning rahalised ressursid ei tohiks avaldamisega saadavat kasu ületada. Samuti tuleb arvestada, et alla direktiivi piirmäära hangete puhul teate avaldamine üle ühenduse ei pruugi teiste liikmesriikide ettevõtjaid pakkumisi esitama kutsuda: transpordi-, tööjõu pidamise jm kulud võivad võrreldes tellimuse rahalise mahuga osutuda nende jaoks liiga kõrgeks ning tellimus seetõttu ebaatraktiivseks. Seetõttu ei teeni direktiivi nõuded neil puhkudel alati oma eesmärki ega ole ka vajalikud. Samas ütleb Stix-Hackl, et kui tellija või kontsessiooniandja hanketeate avaldab, on läbipaistvuse nõue enam kui piisavalt täidetud³⁴¹. Teate avaldamisel tuleb loomulikult arvestada siseturu mõõdet: tellija peab tellimusega seotud asjaolude pinnalt kindlaks tegema, kas hange võib olla siseturu seisukohalt oluline; sellest sõltub, kas tuleb järgida esmase õiguse põhimõtteid või ei³⁴².

Kuna direktiivide avalikustamismõõdet esmases õiguses kohustuslikud ei ole, siis jääb tellijale siin küllalt suur kaalutlusruum, et otsustada avalikustamise kohustuse täitmise viisi üle. Fennely arvates piisab läbipaistvuse nõude täitmiseks sellest, kui tellija pöördub otse pakkujate poole, v.a juhul, kui kõik või enamik selliseid pakkujaid on tellijaga samast liikmesriigist³⁴³. Komisjoni seisukoht Fennely omaga ei ühti. Komisjon leiab, et pakkujatega otse kontakteerumine, isegi kui nende hulgas on välismaiseid ettevõtjaid, ei ole piisav. Seeläbi võidakse diskrimineerivalt kõrvale jätta teiste liikmesriikide äsja tegevust alustanud ettevõtjad. Komisjon peab samuti lubamatuks passiivset info jagamist, mille juures tellimusest ei anta aktiivselt teada, vaid reageeritakse ettevõtjate päringutele, kes omal initsiatiivil hanke kohta teavet

³³⁹ Kohtujurist Stix-Hackl'i 12.04.2005. a ettepanek kohtuasjas C-231/03 p 93: EKL 2005, lk I-07287

³⁴⁰ Kohtujurist Fennely 18. 05. 2000. a ettepanek kohtuasjas C-324/98 p 43: EKL 2000, lk I-10745

³⁴¹ Kohtujurist Stix-Hackl'i 12.04.2005. a ettepanek kohtuasjas C-231/03 p 93: EKL 2005, lk I-07287

³⁴² Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen. Brüssel den 23.06.2006 COM, s 5

³⁴³ Kohtujurist Fennely 18. 05. 2000. a ettepanek kohtuasjas C-324/98 p 43: EKL 2000, lk I-10745

nõutavad³⁴⁴. Kohtujurist Stix-Hackl on Euroopa Komisjonist leebem, leides, et avalikustamiskohustusest kõrvale kaldumised on lubatavad, kuid tellija peab suutma neid kõrvalekaldumisi igal üksikjuhul põhjendada³⁴⁵. Liikmesriikide kohtunikud peavad turuanalüüsi pinnal vaatama, millistele turuosalistele planeeritud hange potentsiaalset konkurentsi arvestades huvi pakub, seejuures mängib otsustavat rolli hanke objekt ja hanke rahaline väärtus³⁴⁶. Ehk teiste sõnadega – otsustamise aluseks peaks olema olukord vastaval turul: võimalike tellimusest huvitatud ettevõtjate arv, tellimuse atraktiivsus ettevõtjatele (rahaline väärtus); aga ka tellimuse spetsiifika või muu sarnane asjaolu.

Kohtujurist Stix-Hackl tõstatab ka küsimuse avalikustamise kohast, s.o kus ja kuidas avalikustamine peaks toimuma. Ta toob ühe aspektina välja geograafilise leviku: kohaliku, regionaalse, rahvusliku või Euroopa tasandi³⁴⁷. Tellija peab otsustama näiteks, kas avaldada hanketeade üksnes kohalikus, üleriigilises või mõnes veelgi laiemas levikuga väljaandes. Komisjon on seisukohal, et kohaliku levikuga meediates on lubatav avaldada teateid vaid väga väikeste kohaliku tähtsusega hangete kohta³⁴⁸. Juhtumi Telaustria puhul leidis näiteks kohtujurist Fennely, et teenusekontsessiooni hanketeade avaldamine Austria elektroonilise ja trükitud telefoniraamatu väljaandmise kohta Austria ametlikes väljaannetes ning mõnedes Austria ja rahvusvahelise levikuga väljaannetes oli läbipaistvuseks seevastu piisav³⁴⁹.

Teisalt esitab Stix-Hackl küsimuse avaldamismeedia liigist. Tema järgi tuleb vaatluse alla nii klassikaline trükimeedia, nagu ametlikud väljaanded, päevalehed või majandussektori publikatsioonid, kui ka elektroonsed kanalid, nagu Internet³⁵⁰. Komisjon toetab samu meediasid, iseäranis Interneti. Komisjon soovib teadeteks kasutada nii kodulehekülgi, spetsiaalselt hangete jaoks loodud portaale kui ka automaatselt tellitavaid hanketeateid elektroonse teate teel. Interneti eeliseks loeb

³⁴⁴ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen. Brüssel den 23.06.2006 COM, s 6

³⁴⁵ Kohtujurist Stix-Hackl'i 12.04.2005. a ettepanek kohtuasjas C-231/03 p 94: EKL 2005, lk I-07287

³⁴⁶ Kohtujurist Stix-Hackl'i 12.04.2005. a ettepanek kohtuasjas C-231/03 p 100: EKL 2005, lk I-07287

³⁴⁷ Kohtujurist Stix-Hackl'i 12.04.2005. a ettepanek kohtuasjas C-231/03 p 96: EKL 2005, lk I-07287

³⁴⁸ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen. Brüssel den 23.06.2006 COM, s 7

³⁴⁹ Kohtujurist Fennely 18. 05. 2000. a ettepanek kohtuasjas C-324/98 p 44: EKL 2000, lk I-10745

³⁵⁰ Kohtujurist Stix-Hackl'i 12.04.2005. a ettepanek kohtuasjas C-231/03 p 96: EKL 2005, lk I-07287

Euroopa Komisjon selle odavuse ja paindlikkuse³⁵¹. Avaldamiskohana on peetud võimalikuks ka arhailist kuulutuse vormi³⁵².

Edasi küsib Stix-Hackl teatise minimaalse sisu kohta. Siin peab ta mastaabiks järgmist põhimõtet: informatsiooni tuleb anda nii palju kui ettevõtjad vajavad selleks, et otsustada hankemenetlusest osavõtu või pakkumise esitamise üle³⁵³. Stix-Hackl'i antud avaldamise määra juures meenub esimese koordineerimisdirektiivi põhjendus, mille kohaselt peavad hanketeates olevad andmed võimaldama ettevõtjatel otsustada, kas kavandatavad tellimused pakuvad neile huvi³⁵⁴. Analoogselt hanketeate avaldamisega leiab Stix-Hackl, et ka teate sisu ei pea vastama üksüheselt direktiivi nõuetele, kui tegemist on esmase õiguse rakendusala. Mingil juhul ei kohusta esmase õiguse vabadused nii palju üksikasju avaldama, kui seda näeb ette direktiiv³⁵⁵. Siinjuures lähtub ta samadest kaalutlustest kui hanketeate avaldamise puhulgi. Komisjon on seisukohal, et hanketeade peab läbipaistvuse kohustuse täitmiseks sisaldama vähemalt tellimuse oluliste tingimuste, samuti menetluse lühikirjeldust ning ettepanekut kontakteeruda tellijaga³⁵⁶.

Seega ei ole esmase õiguse kohaldamisalas hankest teatamise nõuded samastatavad direktiivis esitatutega, kuid avalikustamine tuleb asjakohasel viisil tagada.

3.3.2.2. Hankemenetluse avalikkus

Avalikkust ehk avatust ei tohi samastada avalikustamisega. Hankemenetluse avalikkusest võib rääkida kui läbipaistvuse põhimõttest selle kitsamas tähenduses. Läbipaistvuse põhimõte hõlmab avalikustamist, kuid nimelt menetluse avalikkus on põhimõtte kõige iseloomulikumaks jooneks.

³⁵¹ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen. Brüssel den 23.06.2006 COM, s 7

³⁵² Kohtujurist Stix-Hackl'i 12.04.2005. a ettepanek kohtuasjas C-231/03 p 96: EKL 2005, lk I-07287; Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, s 12 Hinweis 50

³⁵³ Kohtujurist Stix-Hackl'i 12.04.2005. a ettepanek kohtuasjas C-231/03 p 97: EKL 2005, lk I-07287

³⁵⁴ Direktiivi 71/305/EMÜ põhjenduse lõik 9

³⁵⁵ Kohtujurist Stix-Hackl'i 12.04.2005. a ettepanek kohtuasjas C-231/03 p 97: EKL 2005, lk I-07287

³⁵⁶ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen. Brüssel den 23.06.2006 COM, s 8

Läbipaistvuse põhimõtte sõnastas kohus esimest korda kohtuasjas Telaustria, märkides, et tellijal tuleb igale potentsiaalsele pakkuja tagada mõõdukas määr avalikkust³⁵⁷. Kohtujurist Fennely kirjeldab, mida tema mõõduka määra avalikkuse all silmas peab, järgmiselt: “Ma olen Euroopa Komisjoniga ühel meelel, et see tähendab, et iga hinna eest tuleb takistada hankemenetluse salajast ja läbinähtamatut läbiviimist. Edasi toetan ma ka Austria esindaja seisukohta selles, et avalikkus ei ole alati samastatav avalikustamisega. /.../ Läbipaistvus tähendab selles kontekstis hankemenetluse aluseks oleva erapooletuse (*Fairness*) ja avatuse tagamist ja seda eriti suhtes nende pakkujatega, kes ei asu tellijaga samas liikmesriigis”³⁵⁸.

Seega tuleb avalikkuse all mõista tellija kohustust korraldada hankemenetluse läbiviimine selliselt, et hankest huvitatud ettevõtjatel on igas selle etapis võimalik menetluse kulgu jälgida, olla teadlik menetluse aluseks võetud kriteeriumidest ning selle käigus tellija langetatud otsustest ja nende põhjustest. Läbipaistvus on menetluse põhimõte, s.o kohustus korraldada hankemenetlus selliselt, et see oleks igas menetluse järgus hankest huvitatud isikute jaoks jälgitav. Kühling on seetõttu iseloomustanud läbipaistvuskohustust kui kogu hankemenetlust haaravat nõuet³⁵⁹.

Kohus on korduvalt toonitanud läbipaistvuse tagamise kohustust igas hankemenetluse etapis³⁶⁰. Kohtujurist Colomberi ettepanek kohtuasjas Impresa aitab kohtu öeldut mõista. Ta leiab, et hankemenetluses ei piisa üksnes hankest osavõtuks ja pakkumiste hindamiseks objektiivsete kriteeriumide seadmisest, vaid on vaja ka, et nende kriteeriumide rakendamine toimub avalikult ning seda alates hankemenetlusest teada andmisest ja hankedokumentidest kuni eduka pakkumise valimiseni välja³⁶¹. Colomber viitab märgitu juures direktiivi nõudele teatada taotlejatele või pakkujatele, iseäranis neile, kelle suhtes otsus kvalifitseerimise, pakkumise vastavuse või edukuse osas oli negatiivne, tehtud otsustest ja nende põhjustest. Samuti tuleb hankes osalenutele teada anda eduka pakkuja nimi, eduka pakkumise tingimused ja eelised teiste pakkumistega võrreldes. Analoogne otsusest ja selle põhjustest teatamise

³⁵⁷ EK 07.12.2000. a otsus kohtuasjas C-324/98 p 62: EKL 2000, lk I-10745

³⁵⁸ Kohtujurist Fennely 18.05.2000. a ettepanek kohtuasjas C-324/98 p 43: EKL 2000, lk I-10745

³⁵⁹ Kühling, lk 344

³⁶⁰ EK 12.12.2002. a otsus kohtuasjas C-470/99 p 93: EKL 2002, lk I-11617; EK 25.04.1996. a otsus kohtuasjas C-87/94 p 54: EKL 1996, lk I-02043

³⁶¹ Kohtujurist Colomberi 05.06.2001. a ettepanek kohtuasjas C-285/99 ja C-286/99 p 29: EKL 2001, lk I-09233

kohustus kaasneb ka tellija poolt hankemenetluse tühistamisel või uuendamisel³⁶². Hankemenetluse tühistamise otsuse teatamise osas on kohus ka läbipaistvuse tagamise eesmärgi nimetanud³⁶³.

Colomberi esile toodud kohustused teenivad üheselt hankemenetluse avatuse huve. Hankemenetluse avatust silmas pidades loodud kohustusi võib peale Colomberi mainitute leida direktiividest veelgi. Näiteks on klassikalise sektori riigihanke direktiivi järgi nõutav koostada sõlmitud hankelepingute kohta aruanded ja ideekonkursside puhul žürii liikmete ja kandidaatide vahelise dialoogi kohta täiemahuline protokoll; sektoriettevtõtjate direktiivi järgi tuleb sõlmitud hankelepingute kohta hoida alles teave³⁶⁴. Aruannetes ja protokollides talletatud teave annab kõrvalseisjatele võimaluse aru saada tellija poolt hankemenetluses tehtud otsuste tagapõhjast, kaalutlustest ja argumentidest. See aitab oluliselt kaasa otsuste arusaadavusele ja menetluse läbipaistvusele.

Kuid üksnes otsuste ja nende põhjuste teatamisest ei piisa. Menetluse avatuse tagamiseks on samuti oluline, et tellija esitab kõik menetluses kasutatavad kriteeriumid ja tingimused. Pakkuja jaoks peab olema ette teada, millistele tingimustele vastavat pakkumist tellija ootab ja mida ta seejuures hindab³⁶⁵. Pakkujate kvalifitseerimise, pakkumise tehnilised tingimused ja pakkumiste hindamise kriteeriumid esitatakse hanketeatistes ja hankedokumentides. Ettevõtja esitab pakkumise neis dokumentides esitatud teavet arvestades. Kühling viitab seetõttu avalikkuse nõudele ka juhtumisel Concordia Bus, milles kohus rõhutas pakkumise hindamise kriteeriumide teatavaks tegemise vajadust hanketeatistes või hankedokumentides³⁶⁶.

Samas ei piisa avatuse tagamiseks üksnes teabe esitamisest, vaid seda tuleb teha ka selgelt ja arusaadavalt. Kohtuasjas Traunfellner leidis kohus, et tellija peab kõik pakkumistele esitatavad nõuded esitama hankedokumentides ning ta ei või andmete esitamist asendada viitega siseriiklikule õigusaktile. Selle eesmärgiks on tagada

³⁶² Kohtujurist Colomberi 05.06.2001. a ettepanek kohtuasjas C-285/99 ja C-286/99 p 25: EKL 2001, lk I-09233

³⁶³ EK 16.10.2003. a otsus kohtuasjas C-244/02 p 32: EKL 2003, lk I-12139

³⁶⁴ Direktiiv 2004/18/EÜ art 43 ja 74; direktiiv 2004/17/EÜ art 50

³⁶⁵ Sama kehtib ka taotlejatele osalemistingimuste seadmise kohta, vt EK 12.12.2002. a otsus kohtuasjas C-470/99 p 93-100: EKL 2002, lk I-11617

³⁶⁶ Kühling, lk 345

läbipaistvus.³⁶⁷ Seega peab kohus isegi viidete kasutamist tingimuste läbinähtavust häärdavaks ja seetõttu menetluse avatuse huvides lubamatuks.

Samuti ei piisa ainult teabe selgest esitlusviisist, vaid see peab olema ka sisult arusaadav. Pakkumise hindamise tingimustega seoses on kohus öelnud, et need peavad olema hankedokumentides ja -teatistes selliselt kirjas, et kõik keskmise asjatundlikkusega pakkujad võivad tavapärase hoolsuse korral neid ühtviisi tõlgendada³⁶⁸.

Läbipaistvus tähendab ühtlasi ka seda, et kui tellija on ise hindamistingimustele tõlgendusi andnud, siis peab ta neist tõlgendustest kogu menetluse käigus kinni pidama³⁶⁹. Seega peavad hanketingimused olema ettenähtavad: taotlejatele ja pakkujatele peab olema arusaadav, mida tellija soovib, et püüelda vastava pakkumise esitamise poole. Sama on laiendatav ka tehnilistele tingimustele. Nõuded hanke objektile peaksid olema selliselt kirjas, et pakkuja saaks neist aru ja ei pakuks ekslikult tellija nõuetele mittevastavat kaupa või teenust. Seega võib avalikkuse all eristada hanketingimuste arusaadavuse tagamise aspekti.

Eriti olulistest hankemenetluse etappides, nagu seda on pakkumiste avamine, on seatud menetluse avalikkuse tagamiseks täiendavad nõuded. Hanketeadetes tuleb ära näidata pakkumiste avamise kuupäev, kellaeg ja koht³⁷⁰. Kohus on välja toonud pakkumiste avamise täpse aja kindlaks määramise olulisuse: seeläbi saab kõigi esitatud pakkumiste sisu teatavaks samaaegselt³⁷¹. Pakkumiste avamisel fikseeritakse, kes on esitanud pakkumised ning milline on nende pakkumiste sisu. Ühe ajamomendiga tehakse menetluses olulised asjaolud teatavaks ning talletatakse menetluse seis. Pärast pakkumiste avamist pakkumisi muuta või täiendada ei tohi: muudetud pakkumiste esitamine ning nende sisu jääks teistele pakkujatele teadmata, mis satuks vastuollu läbipaistvuse nõudega³⁷². Paljudes liikmesriikides lubatakse pakkumiste avamisel pakkujatel osaleda, mis suurendab menetluse avalikkust veelgi.

³⁶⁷ EK 16.10.2003. a otsus kohtuasjas C-421/01 p 28–29; EKL 2003, lk I–11941; analoogsed seisukohad EK 20.09.1988. a otsuses kohtuasjas C-31/87 p 35; EKL 1988, lk I–4635; EK 26.09.2000. a otsuses kohtuasjas C-255/98 p 73; EKL 2000, lk I–7445

³⁶⁸ EK 18.10.2001. a otsus kohtuasjas C-19/00 p 42; EKL 2001, lk I–07725 ja EK 04.12.2003. a otsus kohtuasjas C-448/01 p 57; EKL 2003, lk I–14527

³⁶⁹ EK 18.10.2001. a otsus kohtuasjas C-19/00 p 43; EKL 2001, lk I–07725

³⁷⁰ Direktiiv 2004/18/EÜ VII lisa A

³⁷¹ EK 25.04.1996. a otsus kohtuasjas C-87/94 p 55; EKL 1996, lk I–02043

³⁷² Vt EK 25.04.1996. a otsus kohtuasjas C-87/94 p 56; EKL 1996, lk I–02043

Hangetele, millele kohalduvad direktiivi nõuded, on liikmesriigid kohustatud direktiivi menetlused üle võtma. Direktiivi mõju alla mittekuuluvate riigihangete puhul tuleb liikmesriikidel riigihankepõhimõtetele tuginedes ise menetlusreeglite üle otsustada. Hankemenetluse avatuse osas tuleks lähtuda samadest alustest nagu avalikustamise korralgi: direktiivi reeglite üksühele järgimise nõudmine oleks liiga range, kuid menetluse avatus tuleb tagada, s.o igal konkreetsel juhul tuleb leida mõistlik proportsioon menetluse avatuse ja teiste huvide (kulukus tellijale) vahel³⁷³.

3.3.2.3. Hankemenetluse kontrollifunktsioon

Kõige enam on läbipaistvuse nõude puhul nimetatud hankemenetluse kontrollimise võimalust. Juba esimese koordineerimisdirektiivi põhjenduses on kirjas, et koordineerimisel tuleb luua hankemenetlus, mis tagaks diskrimineeriva mõjuga tehniliste kirjelduste keelust ja objektiivsete osavõtukriteeriumite kehtestamisest kinni pidamise³⁷⁴. Seejuures ei olnud läbipaistvust sõnaselgelt nimetatud, lugedes aga põhimõtet puudutavaid kohtuotsuseid, saab selgeks, et silmas peeti läbipaistvust.

Juhtumis *Telaustria* avas kohus läbipaistvuse põhimõtte, tuues ühe tunnusena ära järelkontrolli võimaluse hankemenetluse erapooletuse üle³⁷⁵. Hilisemates otsustes on kohus seda korranud³⁷⁶.

Mida täpsemalt võimaldab läbipaistvuse põhimõtte kontrollida? Kohus on nimetanud kontrolliobjektina võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtet. Läbipaistvuse nõue peab võimaldama kontrollida, kas neist põhimõtetest on kinni peetud³⁷⁷. Kui tulla tagasi kohtuasja *Telaustria* juurde, siis on siingi peetud silmas võrdse kohtlemise põhimõtet: erapooletus on põhimõtte tunnuseks.

Seega võib läbipaistvuse põhimõtet pidada võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtte abiprintsiibiks. Läbipaistvuse tagamise eesmärgiks on aidata kaasa põhimõtete elluviimisele. Seisukohta toetab asjaolu, et kohus on

³⁷³ Vt võrdluseks kriitika direktiivide menetluste kohta läbipaistvuse tagamisega seotult, Arrowsmith 1, lk 3–24

³⁷⁴ Direktiiv 71/305/EMÜ põhjenduse lõik 3; korratud direktiivi 77/62/EMÜ põhjenduses

³⁷⁵ EK 07.12.2000. a otsus kohtuasjas C-324/98 p 62; EKL 2000, lk I-10745

³⁷⁶ EK 18.06.2002. a otsus kohtuasjas C-92/00 p 45; EKL 2002, lk I-5553; EK 12.12.2002. a otsus kohtuasjas C-470/99 p 91; EKL 2002, lk I-11617; EK 23.04.2004. a otsus kohtuasjas C-26/03 p 39; EKL 2005, lk I-00001

³⁷⁷ EK 18.06.2002. a otsus kohtuasjas C-92/00 p 45; EKL 2002, lk I-5553; EK 12.12.2002. a otsus kohtuasjas C-470/99 p 91; EKL 2002, lk I-11617; EK 23.04.2004. a otsus kohtuasjas C-26/03 p 39; EKL 2005, lk I-00001

läbipaistvuse kohustust nimetanud pea alati koos võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõttega. Siin tuleb ka meenutada, et läbipaistvuse kohustus on neist tuletatud³⁷⁸.

Kohati kohus läbipaistvust selle lähtealuseks olevatest põhimõtetest ei eristagi. Ühtesid ja samu käitumisviise peetakse nii võrdse kohtlemise kui ka läbipaistvuse põhimõtte rikkumiseks³⁷⁹. Kohtu jaoks on seega põhimõtted nii läbipõimunud, et neid enamasti lahti ei harutata. Sama tihedat seost põhimõtete vahel näeb ka Kühling, kes nimetab läbipaistvuse kohustusele antud rolli tõttu seda “menetluse diskrimineerimiskeeluks”. Tema arvates võib läbipaistmatut riigihankemenetlust käsitada koguni kui varjatud diskrimineerimist. Seda põhjusel, et läbipaistmatu hankemenetlus avab mänguruumi manipulatsioonideks, mis reeglina riivavad nimelt teiste liikmesriikide ettevõtjate huve³⁸⁰.

Edasi võib küsida, kuidas läbipaistvuse nõue neist põhimõtetest kinnipidamist kontrollida võimaldab. Siin võib vastata, et menetluse avatuse läbi saavad pakkujad teadlikuks sellest, kas neid on koheldud võrreldes teiste pakkujatega võrdselt ja mittediskrimineerivalt või ei. Kui tellija on kohustatud hankes osalenud ettevõtjale andma teada hankemenetluse käigus tehtud otsustest ja nende põhjustest, siis on ettevõtjatel võimalus veenduda otsuste õiguspärasuses ja põhjenduste paikapidavuses. Kui otsused ei ole õiguspärased, saavad ettevõtjad õiguste kaitseks pöörduda järelevalveorgani poole või kohtusse. Seega võimaldab läbipaistvus võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtte realiseerumise riigihangetes.

3.4. Konkurentsi tagamise põhimõte

3.4.1. Konkurentsipõhimõtte lähtealused

Tõelise konkurentsi loomist riigihangetes on rõhutatud esimestest direktiividest peale³⁸¹. Vaatamata sellele ei ole konkurentsi põhimõtte kujul direktiivides ega

³⁷⁸ EK 18.11.1999. a otsus kohtuasjas C-275/98 p 31; EKL 1999, lk I-08291; EK 18.06.2002. a otsus kohtuasjas C-92/00 p 54; EKL 2002, lk I-05553; sama toetab ka direktiivi 2004/17/EÜ põhjenduse p 9

³⁷⁹ EK 14.10.2004. a otsus kohtuasjas C-340/02 p 34; EKL 2004, lk I-09845; EK 24.11.2005. a otsus kohtuasjas C-331/04 p 24; EKL 2005, lk I-10109

³⁸⁰ Kühling, lk 346

³⁸¹ Direktiiv 71/305/EMÜ ja 77/62/EMÜ põhjendused

kohtupraktikas sõnastatud. Konkurentsipõhimõte on välja toodud erialakirjanduses³⁸², samuti on põhimõtet nimetanud kohtujuristid³⁸³.

Juba esimese riigihankedirektiivi põhjenduses oli ühe direktiivi eesmärgina välja toodud konkurentsi arendamine riigihangete valdkonnas³⁸⁴. Seda eesmärki on kohus korduvalt esile toonud³⁸⁵. Kus aga asuvad põhimõtte lähtekohad?

Konkurentsieeskirjad on kirjas EÜ asutamislepingu artiklites 81–89. Liikmesriigi kohtud on riigihankeõiguse konkurentsipõhimõtte aluseid ka neist artiklitest püüdnud leida³⁸⁶. Lisaks on riigihankeid sageli seostatud riigiabiga, mida reguleeritakse ühenduse konkurentsireeglitega³⁸⁷. Kuid konkurentsieeskirjades riigihankeõiguse konkurentsipõhimõtte lähtealuseid siiski ei ole. Riigihankedirektiivid ei ole välja antud konkurentsieeskirjade täitmiseks³⁸⁸. Konkurentsipõhimõtte tuleneb siin teistest alustest.

Direktiivid on vastu võetud ühenduse põhivabaduste – kaupade ja teenuste vaba liikumise ja asutamisevabaduse – ellu viimiseks. Põhivabadused teenivad omakorda siseturu loomise eesmärki. Konkurentsipõhimõtte allikat tuleb otsida siit. Nagu leiab kohtujurist Stix-Hackl, tuleb konkurentsipõhimõtte lähtealuse otsimisel juhinduda direktiivide õiguslikust alusest, mis seondub vabaduste ja siseturuga³⁸⁹.

Kuidas aga on konkurentsipõhimõtte ühenduse riigihankeõiguse aluseks olevate põhivabaduste ja siseturuga seotud? Seose on välja toonud kohtujurist Colombero. Ta leiab, et riigihankedirektiivide eesmärgiks on edendada tõelise konkurentsi tekkimist riigihangete valdkonnas ja seda kolme Euroopa integratsiooni taotleva olemusliku vabaduse, s.o kaupade vaba liikumise, asutamisevabaduse ja teenuste vaba liikumise,

³⁸² Koenig, Haratsch, lk 2638; Schwarze, Müller-Graff, lk 12

³⁸³ Kohtujurist Legeri 16.09.1997. a ettepanek kohtuasjas C-44/96 p 47: EKL 1998, lk I-00073; kohtujurist Stix-Hackl'i 01.07.2004. a ettepanek kohtuasjas C-247/02 p 29, 31, 37–38: EKL 2004, lk I-09215; kohtujurist Legeri 11.11. 2004. a ettepanek ühendatud kohtuasjades C-21/03 ja C-34/03 p 25: EKL 2005, lk I-01559

³⁸⁴ Direktiivi 71/305/EMÜ põhjendus, sama korratud ka direktiivide 77/62/EMÜ, 93/36/EMÜ, 93/37/EMÜ põhjendustes

³⁸⁵ EK 20.09.1988. a otsus kohtuasjas C-31/87 p 21: EKL 1988, lk I-4635; EK 22.06.1993. a otsus kohtuasjas C-243/89 p 33: EKL 1993, lk I-3353; EK 16.09.1999. a otsus kohtuasjas C-27/98 p 26: EKL 1999, lk I-5697

³⁸⁶ EK 07.10.2004. a otsus kohtuasjas C-247/02 p 17: EKL 2004, lk I-09215

³⁸⁷ EK 20.09.1990. a otsus kohtuasjas C-21/88 p 5, 19–22: EKL 1990, lk I-00889; Riigihankeid seostatakse riigiabiga siis, kui riigihangete juures järgitakse riigiabi eesmärke, st majandus- ja sotsiaalpoliitilistel põhjustel eelistatakse teatud pakkujaid. Maurer, lk 298

³⁸⁸ Kohtujurist Stix-Hackl'i 01.07.2004. a ettepanek kohtuasjas C-247/02 p 28: EKL 2004, lk I-09215

³⁸⁹ Kohtujurist Stix-Hackl'i 01.07.2004. a ettepanek kohtuasjas C-247/02 p 29–30: EKL 2004, lk I-09215

elluviimiseks. Direktiivid on suunatud ühenduse põhiseadusandja poolt EÜ asutamislepingu artiklitesse 23, 43 ja 49 kätkevad ülesande täideviimisele³⁹⁰. Kohtujurist Colomberi märgitud ülesanne seisneb selles, et liikmesriikide ettevõtjate toodetud kaubad ja osutatud teenused käibiksid kogu ühenduse territooriumil vabalt ning tekiks tõeline konkurents ühenduse erinevate liikmesriikide ettevõtjate kaupade ja teenuste vahel. Nagu kohus on märkinud, tuleb asutamisvabaduse ja teenuste vaba liikumise piirangud kõrvaldada selleks, et avada riigihanketurud tõelisele konkurentsile³⁹¹. Juhul kui tellijad seavad osale ettevõtjatest takistusi kaupade või teenuste pakkumiseks, siis pärsib see ühenduse ettevõtjate vahel konkurentsi tekkimist.

Vastus küsimusele, miks ei ole ei direktiivides ega kohtupraktikas konkurentsipõhimõtet nimetatud, võibki eeltoodus peituda. Võimalik, et kohus on pidanud konkurentsi tagamist riigihangete puhul nii olemuslikuks ja läbivaks, et selle põhimõttena väljatoomist ei ole peetud vajalikuks: on ju kogu riigihankepoliitika eesmärgiks riigihangete avamine ühendusesisesele konkurentsile. Konkurentsi võib pidada koguni terve siseturupoliitika põhialuseks, s.o kaupade ja teenuste vaba liikumise kaudu ühenduse erinevate liikmesriikide kaupade ja teenuste vahel konkurentsi tekitamine. Võib öelda, et konkurents on ühenduse riigihankeõiguse juhtprintsipiibiks ning teised riigihankeõiguse põhimõtted – võrdne kohtlemine, mittediskrimineerimine ja läbipaistvus – aitavad printsipiibil teostuda. See tuleb kõnekalt ilmsiks ka alljärgnevas käsitluses.

3.4.2. Konkurentsipõhimõtte elemendid

3.4.2.1. Konkurentsi tekitamine

Schmidt on defineerinud konkurentsi kui kahe või enama isiku püüdlemist ühe eesmärgi poole, kusjuures vähendab ühe isiku eesmärgi saavutamise selle võimalikkust teistele³⁹². Konkurentsi tekkimiseks on vaja mitme isiku osalemist ning isikud peavad taotlema üht ja sama eesmärki. Sellise konkurentsi tekkimist taotlevad

³⁹⁰ Kohtujurist Colomberi 05.06.2001. a ettepanek ühendatud kohtuasjades C-285/91 ja C-286/91 p 24: EKL 2001, lk I-09233

³⁹¹ EK 12.07.2001. a otsus kohtuasjas C-399/98 p 52: EKL 2001, lk I-05409

³⁹² Schmidt, lk 2, Sepp, lk 16 kaudu

riigihankedirektiivid. Direktiivide sätted reguleerivad riigihankemenetlusi viisil, mis tekitab ettevõtjate vahel konkurentsi³⁹³. Taotlejate ja pakujate vahel peab toimuma paralleelne konkureerimine soovitud hankele³⁹⁴. Kokkuvõtvalt on direktiivide regulatsioonide eesmärgiks, et tellimust soovivaid ettevõtjaid oleks palju ning nad oleksid motiveeritud esitama võimalikult soodsaid pakkumisi, et taotleda üht eesmärki, s.o saada tellimus.

See eesmärk joonistub iseäranis selgelt välja taotlejate valiku juures. Direktiivi järgi peab piiratud, väljakuulutamisega läbirääkimistega menetluses ja konkurentidega peetavas dialoogis olema taotlejate arv piisav, et tagada tõelist konkurentsi. Direktiiv näeb ette taotlejate minimaalse arvu³⁹⁵. Direktiivi minimaalset taotlejate arvu tuleb käsitleda kui kohustuslikku, sellest vähema arvu taotlejate kaasamine on igal juhul konkurentsi pärssiv ning direktiiviga vastuolus. See tuleb ilmsiks kohtuasjas Euroopa Komisjon Prantsusmaa vastu³⁹⁶. Juhtumis seadis tellija taotlejate maksimaalseks arvuks viis, kui direktiivis oli see taotlejate minimaalseks arvuks³⁹⁷. Prantsuse Valitsuse esindajad tunnistasid, et viis oli taotlejate arvu ülempiiriks ning ka alla viie taotleja osalemisel on nende arvates tõeline konkurents tagatud³⁹⁸. Seega tunnistasid nad, et tellijal oli õigus kutsuda pakkumisi esitama ka ühel või kuni neljal taotlejal. Kohus Prantsusmaa seisukohaga konkurentsi olemasolu osas ei nõustunud: ühenduse seadusandja on pannud paika, milline taotlejate arv tagab tõelise konkurentsi, s.o mitte vähem kui viie taotleja osalemine³⁹⁹. Seega võib nõustuda kohtujurist Legeriga, et direktiivide reeglid on seatud konkurentsi kaitseks⁴⁰⁰ ning seavad kohati selleks üsna täpseid kohustusi.

Kohus on analoogia abil laiendanud taotlejate vahelise konkurentsi nõude pakkumiste hindamisele. Võib isegi öelda, et kohus on sättest välja arendanud üldise pakujate

³⁹³ Kohtujurist Legeri 07.12.2000. a ettepanek kohtuasjas C-399/98 p 76: EKL 2001, lk I-05409

³⁹⁴ Kohtujurist Stix-Hackl'i 01.07.2004. a ettepanek kohtuasjas C-247/02 p 34: EKL 2004, lk I-09215

³⁹⁵ Direktiivi 2004/18/EÜ art 44 lg 3; varasemates direktiivides sarnased sätted; klassikalised direktiivid 92/50/EMÜ art 27 lg 2 ja 3, 93/36/EMÜ art 19 lg 2 ja 3, 93/37/EMÜ art 22 lg 2 ja 3; ka sektoridirektiivides on viidatud konkurentsi tagamise vajadusele: direktiivi 93/38/EMÜ art 31 lg 3 ja uue sektoridirektiivi 2004/17/EÜ art 54 lg 3

³⁹⁶ EK 26.09.2000. a otsus kohtuasjas C-225/98 p 55–63: EKL 2000, lk I-07445

³⁹⁷ EK 26.09.2000. a otsus kohtuasjas C-225/98 p 55, 57: EKL 2000, lk I-07445

³⁹⁸ Kohtujurist Alberi 14.03.2000. a ettepanek kohtuasjas C-255/98 p 55: EKL 2000, lk I-07445

³⁹⁹ EK 26.09.2000. a otsus kohtuasjas C-225/98 p 60: EKL 2000, lk I-07445

⁴⁰⁰ Kohtujurist Legeri 07.12.2000. a ettepanek kohtuasjas C-399/98 p 76: EKL 2001, lk I-05409

või taotlejate ning nende pakkumiste ja taotluste paljususe kohustuse. See tuleb esile kohtuasjas *Fracasso ja Leitschutz*⁴⁰¹.

Kohtuasjas esitati Euroopa Kohtule eelotsuse saamiseks küsimus, kas ehitustööde riigihankedirektiivi tuleb tõlgendada viisil, mille kohaselt on tellija kohustatud andma tellimuse pärast pakkujate kvalifitseerimist alles jäänud ainsale kvalifitseerituks osutunud ettevõtjale, s.o tunnistama ainsa pakkumise edukaks⁴⁰². Küsimus kerkis üles seoses asjaoluga, et kui pärast pakkujate kvalifitseerimist jääb alles üks pakkuja, siis pakkumiste hindamise faasis konkurentsist rääkida ei saa. Nagu Euroopa Komisjon esile tõi, on aga riigihankedirektiivide aluseks eelkõige riigihangete allutamine tõelisele konkurentsile ja seetõttu peab tellijal olema võimalik sellistel puhkudel hankemenetlus tühistada või kuulutada see uuesti välja⁴⁰³. Kohus nõustus komisjoni seisukohaga. Viidates tõelise konkurentsi arendamisele kui direktiivi eesmärgile, leidis kohus, et nimelt taotlejate arvu puudutavad direktiivi sätted iseloomustavad eesmärki⁴⁰⁴. Neist direktiivi sätetest tuleneva konkurentsi kohustuse laiendas kohus kogu direktiivile. Kohus leidis, et konkurentsi kindlustamiseks tuleb hankemenetlus kujundada selliselt, et tellijal oleks võimalik pakkumisi võrrelda ja objektiivsete kriteeriumide järgi soodsaim välja valida⁴⁰⁵. Kui hankemenetlusse on jäänud üks pakkumine, siis ei ole tellijal võimalik hindu või teisi tingimusi võrrelda ning seega ei saa edukat pakkumist direktiivi hindamiskriteeriumide alusel välja selgitada⁴⁰⁶. Kohus luges konkurentsi puudumist pakkumiste hindamisel piisavaks põhjuseks, et menetlus tühistada ja viia see läbi uuesti. Seega ei ole tellijal konkurentsipõhimõtet arvestades kohustust tunnistada edukaks ainsana pakkumismenetluses osalema jäänud ettevõtja pakkumine⁴⁰⁷.

Kohtulahendist võib teha üldise järelduse: kuna konkurentsi olemasoluks on vaja konkureerivate ettevõtjate paljusust, siis on tellijal alati õigus valikuvõimaluste

⁴⁰¹ EK 16.09.1999. a otsus kohtuasjas C-27/98: EKL 1999, lk I-05697

⁴⁰² EK 16.09.1999. a otsus kohtuasjas C-27/98 p 17: EKL 1999, lk I-05697

⁴⁰³ Kohtujurist Saggio 25.03.1999. a ettepanek kohtuasjas C-27/98 p 10: EKL 1999, lk I-05697

⁴⁰⁴ EK 16.09.1999. a otsus kohtuasjas C-27/98 p 26–28: EKL 1999, lk I-5697; korratud EK 07.10.2004. a otsuses kohtuasjas C-247/02 p 35–36: EKL 2004, lk I-09215

⁴⁰⁵ EK 16.09.1999. a otsus kohtuasjas C-27/98 p 31: EKL 1999, lk I-5697; korratud EK 07.10.2004. a otsuses kohtuasjas C-247/02 p 37: EKL 2004, lk I-09215

⁴⁰⁶ EK 16.09.1999. a otsus kohtuasjas C-27/98 p 32: EKL 1999, lk I-5697

⁴⁰⁷ EK 16.09.1999. a otsus kohtuasjas C-27/98 p 33: EKL 1999, lk I-5697

puudumise korral menetlus tühistada. Tühistamise alus tuleneb riigihankedirektiivide eesmärgist, milleks on konkurents.

3.4.2.2. Konkurentsi avatus

Konkurentsi tekkimiseks on vaja, et konkureerivaid ettevõtjaid oleks küllaldane arv. Kuidas see saavutada? Seda puudutab konkurentsi avatus. Konkurentsi avatus põimub tihedalt läbipaistvuse põhimõttega. Tiheda seose tõttu on kirjanduses konkurentsipõhimõtet nimetatud ka konkurentsi avatuse põhimõtteks⁴⁰⁸.

Selleks et pakkujatevaheline konkurents saaks tekkida, on vaja riigihankest teada anda⁴⁰⁹. See toimub hanketeatiste avaldamisega. Kohtujurist Stix-Hackl leiab, et nimelt teatamiskohustused on ette nähtud konkurentsi kaitseks⁴¹⁰. Avalikustamine teeb kõikide liikmesriikide pakkujatel võimalikuks saada õigeaegselt ja kõikehõlmavalt informatsiooni eelolevate hankemenetluste kohta⁴¹¹. Mida suurem on avalikustamise määr, seda tõenäolisem on, et hankekonkursist tulevad osa võtma mitmed ettevõtjad, kelle pakkumiste hulgast saab tellija soodsaima välja valida. On ju ettevõtjate rohkearvulisus see, mis tekitab konkurentsi. Seetõttu on kõige jämedamalt konkurentsi avatuse kohustust rikutud, kui tellija ei kuuluta hanget välja, vaid annab hanke otse teatud ettevõtjale. Nagu on märgitud kohtuasjas Stadt Halle, annab selline toimimisviis sellele ühele ettevõtjale kindla eelise oma konkurentide ees⁴¹². Sellise eelistamise vastu aitab avalikustamine: see vähendab võimalust, et haldusorgan eelistab teatud ettevõtjaid⁴¹³. Kui hange on avalikult välja kuulutatud, ei ole tellijal võimalik ühele kindlale ettevõtjale konkurentsituult otsetellimust anda: konkurendid saaksid sellest teada ning vaidlustaksid tellija otsuse. Avalikustamine annab seega võimaluse kõigil tellimusest huvitatud ettevõtjatel sellele konkureerida ja aitab sellega kaasa konkurentsi tekkele.

Konkurentsi avatus ei piirdu hanketeate avaldamisega. Konkurentsi edendamiseks peavad tellijad iga hankemenetluse kriteeriumi ja tingimuse piisaval määral teatavaks

⁴⁰⁸ Vt ka Koenig/Kühling, lk 784

⁴⁰⁹ EK 12.07.2001. a otsus kohtuasjas C-399/98 p 52: EKL 2001, lk I-05409

⁴¹⁰ Kohtujurist Stix-Hackl'i 01.07.2004. a ettepanek kohtuasjas C-247/02 p 39: EKL 2004, lk I-09215

⁴¹¹ Kohtujurist Alberi 14.03.2000. a ettepanek kohtuasjas C-225/98 p 29: EKL 2000, lk I-07445

⁴¹² Vt EK 11.01.2005. a otsus kohtuasjas C-26/03 p 51: EKL 2005, lk I-00001; EK 10.11.2005. a otsus kohtuasjas C-29/04 p 48: EKL 2005, lk I-09705

⁴¹³ EK 12.07.2001. a otsus kohtuasjas C-399/98 p 75: EKL 2001, lk I-05409

tegema⁴¹⁴. Selleks peavad nad nimetama riigihanget puudutavad lisaandmed pakkumise kutse- või teistes samaväärsetes dokumentides⁴¹⁵. Seega tuleb tellijal anda hankest huvitatud ettevõtjatele tellimuse kohta võimalikult palju informatsiooni ning see teave peab olema täielik ja objektiivne. Kui tellija hanketeatises ei märgi kõiki tellimusega seotud töid ja nende tegelikku mahtu, siis eksitab see ettevõtjaid ning paljud neist, kes hanke tegelikku sisu ja mahtu teades oleksid tulnud konkureerima, seda teatise puuduliku sisu tõttu teha ei pruugi. Nii oli see juhtumises Euroopa Komisjon Prantsusmaa vastu, milles tellija üle ühenduse avaldatud hanketeates tegelikku tellimuse suurust ja selle rahalist mahtu välja ei toonud, mistõttu paljud teiste liikmesriikide ettevõtjad võisid tellimuse väikse mahu tõttu hankest loobuda⁴¹⁶. Juhul kui ettevõtjad oleksid teadnud tellimuse tegelikku suurust, oleks see olnud nende jaoks atraktiivsem ning nad oleksid suure tõenäosusega sellele konkureerinud. Kui hanketeatis oleks vastanud hanke tegelikule sisule, oleks konkurentsituatsioon võinud olla teistsugune.

Seega on nii riigihankemenetluse kohta andmete teatavaks tegemisel kui ka nende andmete täielikkusel konkurentsi tagamisel oluline osa.

Konkurentsi avatus ei piirdu hanke väljakuulutamisega. Konkurentsiga vastuolus olevateks peetakse ka liialt pika kestusega lepinguid, mis ei võimalda teistel ettevõtjatel pika aja jooksul tellimusele konkureerida. See tähendab, et pikaajaliste lepingutega ei tohi turgu määramata ajaks kinni panna, vaid teatud ajavahemiku tagant tuleb tellimused avada ja anda ettevõtjatele võimalus neile taas konkureerida. Lepingu kestus tuleb seega lepingu iseärasusi arvestades määrata konkurentsivõrdselt⁴¹⁷.

3.4.2.3. Moonutusteta konkurentsi kaitse

Konkureerivate ettevõtjate paljususest üksi konkurentsi loomiseks ei piisa. Majanduslik konkurents on tagatud, kui konkureerimine on aus, õiglane ning valiku tegemisel lähtutakse majanduslikest kaalutlustest. Direktiivide eesmärgiks seati sellise

⁴¹⁴ EK 20.09.1988. a otsus kohtuasjas C-31/87 p 21: EKL 1988, lk I-04635

⁴¹⁵ Direktiivi 71/305/EMÜ põhjendus; EK 20.09.1988. a otsus kohtuasjas C-31/87 p 22: EKL 1988, lk 04635

⁴¹⁶ EK 05.10.2000. a otsus kohtuasjas C-16/98 p 101: EKL 2000, lk I-08315

⁴¹⁷ Byok, lk 199–200; Geänderte Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlament und des Rates 2000/0212 (COD) 21.02.2002 KOM(2002) 107 endgültig

konkurentsi tekkimine: liikmesriikide ettevõtjad pakuvad kaupu ja teenuseid tellijatele, kes teevad valiku majanduslike aspekte arvestades. Kohus on pidanud seda direktiivide lõppeesmärgiks⁴¹⁸.

Konkurentsiks on vaja, et pakkujaid koheldaks võrdselt ja mittediskrimineerivalt: see on moonutusteta konkurentsi eelduseks⁴¹⁹. Juhul kui hanke läbiviimisel eelistatakse põhjendamatult teatud ettevõtjat, olgu seda rahvuslikel või muudel asjasse puutumatutel alustel, siis ei saa rääkida moonutusteta konkurentsi tekkimisest. Mõistlik ettevõtja lähtuks majanduslikest kaalutlustest, tellijateks on aga valdavalt maksutuludest finantseeritavad asutused, kelle tegevus majandusreeglitele ei allu. Kohtujurist Leger hoiatab: kui tellijatel oleks vabadus valida vabalt lepingupartnereid, eksisteeriks oht, mis on ikka ja jälle liikmesriikide tellijate juures üles kerkinud, s.o asutused valivad lepingupartnereid teisi kui majanduslike tegureid arvestades⁴²⁰. Kodumaiseid pakkujaid eelistatakse olenemata kauba või teenuse kvaliteedist ja hinnatasemest, ehk aspektidest, mis peaksid olema aluseks tellimuse saamisel. See kahjustab tellimuse saanud ettevõtja konkurentide huve, kel jääb kasum saamata, samuti maksumaksjate huve, kuna eelarvelised asutused ei kasuta maksuraha majanduslikult⁴²¹. Seepärast on vajalikud õiguslikud meetmed, et sundida tellijaid käituma majanduslikult, s.o konkurentsireegleid arvestades. Direktiividega tuleb võtta turureeglitele mittealluvatelt tellijatelt võimalus eelistada neile meelepäraseid taotlejaid ja pakkujaid⁴²².

Eesmärgi täitmisel on abiks võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtted⁴²³ ja nende täitmist kontrollida võimaldav läbipaistvuse põhimõte⁴²⁴. Põhimõtted keelavad pakkujate või taotlejate ebavõrdse ja diskrimineeriva kohtlemise ja seeläbi konkurentsi moonutamise. Mittediskrimineerimist ja võrdset kohtlemist

⁴¹⁸ Vt EK 03.10.2000. a otsus kohtuasjas C-380/98 p 17: EKL 2000, lk I-08035; Kohtujurist Lenzi 12.09.1995. a ettepanek kohtuasjas C-87/94 p 30: EKL 1996, lk I-02043

⁴¹⁹ Kohtujurist Legeri 07.12.2000. a ettepanek kohtuasjas C-399/98 p 73: EKL 2001, lk I-05409

⁴²⁰ Kohtujurist Legeri 07.12.2000. a ettepanek kohtuasjas C-399/98 p 74: EKL 2001, lk I-05409

⁴²¹ Kohtujurist Legeri 07.12.2000. a ettepanek kohtuasjas C-399/98 p 75: EKL 2001, lk I-05409

⁴²² Kohtujurist Alberi 11.05.2000. a ettepanek kohtuasjas C-380/98 p 34: EKL 2000, lk I-08035; vt ka EK 27.11.2001. a otsus ühendatud kohtuasjades C-285/99 ja C-286/99 p 35: EKL 2001, lk I-09233

⁴²³ Kohtujurist Tesaro 17.11.1992. a ettepanek kohtuasjas C-243/89 p 19: EKL 1993, lk I-03353; kohtujurist Lenzi 12.09.1995. a ettepanek kohtuasjas C-87/94 p 30: EKL 1996, lk I-02043

⁴²⁴ Kohtujurist Stix-Hackl'i 01.07.2004. a ettepanek kohtuasjas C-247/02 p 39: EKL 2004, lk I-09215

võib seetõttu pidada konkurentsieesmärgi teenistuses olevateks⁴²⁵. See nähtub ka kohtulahenditest⁴²⁶.

Konkurentsi kindlustamine on ühenduse riigihankeõiguse aluseks ja seetõttu prevaleerib põhimõte õigustatult ka võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise ees⁴²⁷. Ka juhul, kui hankemenetlus on kulgenud võrdselt, mittediskrimineerivalt ja läbipaistvalt, on tellijal õigus konkurentsi puudumise korral menetlus tühistada⁴²⁸.

Moonutusteta konkurentsi eesmärki tuleb järgida kogu hankemenetluse jooksul. Kohtujurist Stix-Hackl'i arvates leiab konkurentsipõhimõtte väljenduse direktiivide sätetes. Nende hulka kuuluvad sätted lubatud hankemenetlustest, nende kulgemisest, iseäranis erinevates hankemenetluse faasides kinnipeetavatest tähtaegadest, nagu ka järelläbirääkimiste keeld⁴²⁹. Hankemenetlused on kujundatud printsiibil, et ettevõtjatevaheline võistlus põhineks ausatel ja võrdsetel alustel, ettevõtjad osalevad riigihangetes ühesugustel tingimustel: neil on ühepalju aega pakkumiste ettevalmistamiseks, ühesugune on nii pakkumiste koostamise teave kui ka ettevõtjate kvalifitseerimise ja pakkumiste hindamise tingimused.

Konkurentsi seisukohalt on keelatud hanketingimustest kõrvale kalduda. Hanketingimuste muutmine ühe pakkuja kasuks viib pakkujatevahelise konkurentsi moonutamisele⁴³⁰. Seega peavad pakkumised olema tõelise konkurentsi edendamiseks tellija seatud tingimustega kooskõlas⁴³¹. Juhul kui tellija ei lükka tingimustele mittevastavat pakkumist tagasi, seab ta selle esitanud pakkuja konkurentide ees eelisolukorda. See tekitab ebaterve konkurentsi. Sama kehtib hindamistingimuste kohta. Tellija peab hindama üksnes tingimusi, millest ta on pakkujatele teada andnud.

Kohtujurist Stix-Hackl leiab, et konkurentsiprintsiibi väljenduste hulka kuuluvad ka tehtava töö kirjeldus, eelkõige tehniline spetsifikatsioon, sätted ettevõtjate

⁴²⁵ Vt Kohtujurist Tesauro 17.11.1992. a ettepanek kohtuasjas C-243/89 p 19: EKL 1993, lk I-03353

⁴²⁶ Näiteks EK 18.06.2002. a otsus kohtuasjas C-92/00 p 44: EKL 2002, lk I-05553

⁴²⁷ Vt Salmistu, lk 49

⁴²⁸ EK 16.09.1999. a otsus kohtuasjas C-27/98 p 31–34: EKL 1999, lk I-05697; vt ka Euroopa Komisjoni seisukoht kohtujurist Saggio 25.03.1999. a ettepanekus kohtuasjas C-27/98 p 10: EKL 1999, lk I-05697

⁴²⁹ Kohtujurist Stix-Hackl'i 01.07.2004. a ettepanek kohtuasjas C-247/02 p 37: EKL 2004, lk I-09215; seda, et hankemenetlused on üles ehitatud konkurentsi silmas pidades, tõdeb ka kohtujurist Cosmas, vt kohtujurist Cosmase 01.07.1999. a ettepanek kohtuasjas C-107/98 p 48: EKL 1999, lk I-8121

⁴³⁰ Kohtujurist Tesauro 17.11.1992. a ettepanek kohtuasjas C-243/89 p 16: EKL 1993, lk I-03353

⁴³¹ Kohtujurist Tesauro 17.11.1992. a ettepanek kohtuasjas C-243/89 p 18: EKL 1993, lk I-03353

kvalifitseerimise ja ka pakkumise hindamise kriteeriumide kohta⁴³². Seega võivad hankemenetluses kasutatavad kirjeldused, kriteeriumid ja tingimused kui sellised olla konkurentsi piiravad.

Tehnilistesse kirjeldustesse puutuvalt on uue klassikalise sektori riigihankedirektiivi põhjenduses kirjas, et tehnilised kirjeldused peavad võimaldama avada riigihanked konkurentidele⁴³³. Tehnilistes kirjeldustes on keelatud kasutada sellise detailsuse ja suunatusega kirjeldusi, millele vastab üksnes kindla ettevõtja kaup või teenus. Ehk tegemist on nn *lock-out* spetsifikatsioonidega⁴³⁴. Sellised tehnilised kirjeldused tõstavad vähetähtsate detailide tõttu esile konkreetse ettevõtja ja tõrjuvad kõrvale tema konkurendid. Tellija ei tohi ebavajalike tingimustega ettevõtjaid hankest eemale peletada ja tekitada sel viisil kunstlikult kitsa pakkujate ringi. See piirab konkurentsi, mis tellimuse saamiseks tekkida võiks. Direktiividega on püütud seda võimalust välistada. Direktiivide kohaselt on keelatud tehnilistes kirjeldustes nimetada konkreetseid kaubamärke, tooteid, patente või tüüpe või kui teisiti ei saa hankeobjekti kirjeldada, siis üksnes koos väljendiga “või sellega samaväärne”⁴³⁵. Tellija peab andma ettevõtjatele võimaluse pakkumine esitada ega tohi konkurentsi piirata formaalsete tingimustega.

Analoogselt tehniliste kirjeldustega ei tohi tellija nõuda kvalifikatsiooni tõendamiseks dokumente, mis pole pakkuja hindamiseks vajalikud ning on seatud konkureerivate pakkuja tõrjumiseks.

Pakkumise hindamise kriteeriumitena lubavad direktiivid kasutada hinna- või majanduslikult soodsaima pakkumise kriteeriumit⁴³⁶. Majanduslikult soodsaima pakkumise kriteerium ei võimalda üksnes hinnakonkurentsi, vaid konkurentsi ka teistes faktorites, s.o tingimuste konkurentsi⁴³⁷. Majanduslik konkurentsivõime ei seisne ju ainult suutlikkuses pakkuda madalat hinda, vaid ka kvaliteetset, uuenduslikku, säästlikumat jms toodet. Tellijal peab olema hankeobjekti silmas

⁴³² Kohtujurist Stix-Hackl'i 01.07.2004. a ettepanek kohtuasjas C-247/02 p 38: EKL 2004, lk I-09215

⁴³³ Direktiivi 2004/18/EÜ põhjenduse p 29

⁴³⁴ Klitgaard, Maclean-Abaroa, Lindsey, lk 129 Rosin, lk 661–669 kaudu

⁴³⁵ Direktiivi 2004/18/EÜ art 23 lg 8; varasemates direktiivides 71/305/EMÜ art 10, 77/62/EMÜ art 7, 92/50/EMÜ art 14 jne

⁴³⁶ Direktiivi 2004/18/EÜ art 53 lg 1 ja 2004/17/EÜ art 55 lg 1

⁴³⁷ Kohtujurist Stix-Hackl'i 01.07.2004. a ettepanek kohtuasjas C-247/02 p 43: EKL 2004, lk I-09215

pidades võimalus valida hindamiskriteerium, mis tagab konkurentsi kõige efektiivsemalt. Kohus on leidnud, et siseriiklik õigusnorm, mis kohustab tellijat lähtuma madalaimast hinnast kui ainsast lepingu sõlmimise kriteeriumist, on konkurentsipõhimõttega vastuolus⁴³⁸. Abstraktne ja üldine ainuvõimaliku kriteeriumi kehtestamine välistab võimaluse arvestada üksikjuhtumitel lepingute olemust ja eriärasusi, valides neist konkurentsi kohaseimalt tagava kriteeriumi⁴³⁹. Seetõttu leidis kohus, et siseriikliku õigusnormiga ei tohi tellija valikuvõimalust kriteeriumite vahel piirata⁴⁴⁰. Kasutada tuleb kriteeriumi, mis tagab konkurentsi kõige paremini⁴⁴¹. Eeltoodud kohtuasjas tuleb selgelt välja tellija võimalus, aga ka kohustus lähtuda hankemenetluse tingimuste määramisel majanduslikest kaalutlustest, s.o valida kriteeriumid, mis kindlustavad soodsaima pakkumise. Juhul kui tehniliselt keeruka hankeobjekti puhul seada kriteeriumiks vaid madalaim hind, võib pakkumise saada ettevõtja, kelle pakkumine tegelikult kõige parem ei olnud (näiteks kvaliteedi, käitamiskulude jms poolest) ning põhjendamatult jääda kõrvale ettevõtjad, kes oleksid võinud hankeobjekti erinevaid omadusi kokku võttes teha soodsaima pakkumise. See kujutaks tegelike turuvõimaluste kasutamata jätmist.

Eelnevat kokku võttes tuleb riigihangete puhul peale hinnakonkurentsi tagada ka kvaliteedikonkurents. Kvaliteedikonkurents avaldub uute toodete arendamises ja seniste toodete täiustamises või lihtsustamises⁴⁴². Väärtustatakse ju konkurentsi muu hulgas selleks, et ettevõtjad teeksid pingutusi toodete ja teenuste edasi arendamiseks. Nimelt seda aspekti on kohus silmas pidanud kohtuasjas *Fratelli Costanzo*. Siseriiklik kohtuinstants küsis Euroopa Kohtult eelotsust küsimuses, kas ühenduse õigusega on kooskõlas siseriiklik õigusakt, mille kohaselt võib tellija seada pakkumiste maksumusele piiri, millest madalamate maksumustega pakkumised automaatselt välistatakse ebatavaliselt madalate pakkumistena ilma, et pakkujad saaksid madalat hinda põhjendada⁴⁴³. Kohus leidis, et see ei ole kooskõlas ühenduse õigusega⁴⁴⁴. Matemaatiline välistamiskriteerium võtab pakkujalt võimaluse tõendada, et tema pakkumine on tõsiselt võetav. Kohus leidis, et lävendi kasutamine oli vastuolus

⁴³⁸ EK 07.10.2004. a otsus kohtuasjas C-247/02 p 39: EKL 2004, lk I-09215

⁴³⁹ EK 07.10.2004. a otsus kohtuasjas C-247/02 p 40: EKL 2004, lk I-09215

⁴⁴⁰ EK 07.10.2004. a otsus kohtuasjas C-247/02 p 42: EKL 2004, lk I-09215

⁴⁴¹ EK 17.09.2002. a otsus kohtuasjas C-513/99 p 81: EKL 2002, lk I-07213, sama järeldus on küll juba tuletatav EK 22.06.1993. a otsusest kohtuasjas C-243/89 p 33: EKL 1993, lk I-3353

⁴⁴² Sepp, lk 98

⁴⁴³ EK 22.06.1989. a otsus kohtuasjas C-103/88 p 6, 13: EKL 1989, lk I-01839

⁴⁴⁴ Tõlgendatava direktiivi säte oli 71/305/EMÜ art 29 lg 5

direktiivi konkurentsi eesmärgiga⁴⁴⁵. Kui tellija seab jäiga kriteeriumi, siis võib ta kõrvale tõrjuda pakkuja, kes teeb soodsaima pakkumise ning kelle pakkumise ebatavaliselt madal hind on põhjustatud tehnoloogilistest uuendustest või muudest innovaatilistest lähenemistest, mis ei muuda pakutavat kaupa, teenust või ehitustööd ebakvaliteetsemaks, pigem vastupidi. Konkurentsi eesmärgiks on majanduse edendamine uudsete, säästlikumate ja tõhusamate toodete arendamise kaudu. Juhul kui tellijad uute lahenduste pakkujad eos kõrvale tõrjuvad, on see konkurentsi majandust edendava eesmärgiga vastuolus.

3.4.2.4. Majanduslikkus

Traditsiooniliselt on liikmesriikides peetud konkurentsi riigihangetes oluliseks, et saada kaup või teenus soodsamatel tingimustel, kasutades ära pakkujatevahelist võistlust. See tuleneb riigihankeõiguse juurtest, mis asuvad eelarveõiguses⁴⁴⁶. Eelarveõigus kohustab majandusüksusi säästlikkuse ja majanduslikkuse põhimõtet täitma. Põhimõttest lähtuvalt tuleb tellimused avalikult välja kuulutada, kui just tehingu olemus või muud erilised asjaolud ei õigusta erandi tegemist⁴⁴⁷.

Võistlus klientide pärast sunnib ettevõtjaid leidma võimalusi väiksemate kuludega kvaliteetse kauba tootmiseks, mille positiivseks tagajärjeks on kvaliteetsed kaubad soodsama hinnaga. Riigihangetes on tarbijateks tellijad. Kui tellijad seavad pakkumisi tegevad ettevõtjad konkurentsiolukorda, on tõenäosus saada kaup soodsaimatel tingimustel suurem kui ilma selleta. Konkurentsipõhimõtte juures lähtutakse sellest, et konkurents tagab selle, et eelarvevahendite säästlikuks kasutamiseks kohustatud tellijad võivad hankida kaupu ja teenuseid soodsaimatel tingimustel⁴⁴⁸. Selleks tuleb kasutada ära turujõudusid ja tõmmata ligi võimalikult palju konkureerivaid ettevõtjaid⁴⁴⁹. Seega on konkurentsipõhimõtte algne eesmärk seisnud nimelt avalike vahendite säästlikus ja majanduslikus kasutamises. Konkurentsi tagajärjel saavutatav majanduslik kasu on olnud enamikus riikides ajendiks hangete korraldamiseks avaliku vähempakkumise teel.

⁴⁴⁵ EK 22.06.1989. a otsus kohtuasjas C-103/88 p 18: EKL 1989, lk I-01839

⁴⁴⁶ Schwarze, Peter-Christian Müller, lk 8

⁴⁴⁷ Hermes, lk 910

⁴⁴⁸ Marx: Jestaedt, Kemper, Marx, Priess Koenig, Haratsch, lk 2638 kaudu

⁴⁴⁹ Byok, lk 199

EÜ riigihankeõiguses on konkurentsipõhimõtte eesmärgiks eelkõige võimaldada ettevõtjatel osaleda teiste liikmesriikide tellijate hankemenetlustes ja edendada seeläbi siseturgu, s.o kaupade, teenuste vaba liikumist ühenduses. Siseturu eesmärgiks on omakorda tõsta ühenduses tegutsevate ettevõtjate konkurentsivõimet ning seeläbi ühenduse majanduspotentsiaali. Seega on ühenduse riigihankeõiguses konkurentsi esmaseks eesmärgiks majanduse edendamine ja mitte niivõrd eelarvevahendite kokkuhoid. Siiski ei ole viimane tundmatu. Rohelises raamatus on ühe ühenduse riigihangete reeglustiku positiivse tagajärjena kirjas maksumaksjate raha kokkuhoid, mis lõppkokkuvõttes võimaldab liikmesriikidel eelarvedefitsiiti vähendada⁴⁵⁰. Riigiasutused, kes tegid oste riigihanke teel, maksid Euroopa Komisjoni hinnangul ligikaudu 34% vähem asutustest, kes seda ei teinud⁴⁵¹. Irimaa arvestab, et viie aasta jooksul võib ainuüksi e-hangetega säästa 1 miljard eurot⁴⁵².

Ka kohtujurist Jacobs märgib, et riigihankedirektiivide ülesandeks on muu hulgas tagada avalike vahendite efektiivne kasutamine⁴⁵³. Maksumaksjate huvidele ja maksuraha otstarbekale kasutamisele kui ühele direktiivi eesmärgile juhib samuti tähelepanu kohtujurist Leger⁴⁵⁴.

Riigihanked ei ole ühenduse õiguses ammendavalt reguleeritud⁴⁵⁵. Ühenduse õigusega reguleerimata osas säilitavad või loovad liikmesriigid oma riigihankeõiguse. Samuti on ühenduse tasandil riigihangete koordineerimisel võetud ülesandeks pidada võimalikult ulatuslikult silmas liikmesriikide hankemenetlusi ja -tavasid⁴⁵⁶. Seega on ühenduse ja liikmesriikide õigus riigihangete valdkonnas tihedalt seotud. See tee ei ole ühesuunaline: seosed avaldavad mõju vastastikku, s.o mitte üksnes ühenduse õiguselt riigisisesele õigusele, vaid kindlalt ka vastupidi. Majanduslikkust võib pidada aspektiks, mis on ühenduse õigusesse üle võetud liikmesriikide riigihankeõigusest.

⁴⁵⁰ Grünbuch. Das öffentliche Auftragswesen in der europäischen Union: überlegungen für die Zukunft. Mitteilung von der Kommission am 27. November 1996. Zusammenfassung 1.

⁴⁵¹ A report on the functioning of public procurement market in the EÜ: benefits from the application of EÜ directives and challenges for the future 03/02/2004

⁴⁵² Euroopa Komisjoni teatis Euroopa Liidu Nõukogu, Euroopa Parlamendi, Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele ning regioonide komiteele Brüssel KOM(2004) siseturu strateegia (2003–2006) teine rakendamisaruanne

⁴⁵³ Kohtujurist Jacobsi 10.05.2001. a ettepanek kohtuasjas C-19/00 p 33; EKL 2001, lk I-07725

⁴⁵⁴ Kohtujurist Legeri 07.12.2000. a ettepanek kohtuasjas C-399/98 p 75; EKL 2001, lk I-05409

⁴⁵⁵ EK 20.09.1998. a otsus kohtuasjas C-31/87 p 20; EKL 1988, lk I-04635

⁴⁵⁶ Direktiivi 2004/18/EÜ põhjenduse p 3

3.5. Kokkuvõtvad järeldused

1. Euroopa Kohus kasutab sageli võrdse kohtlemise põhimõtte mõistet pakkuja kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu tähenduses. Vaatamata ebaühtlasele mõistekasutusele, on sisulises plaanis võimalik printsiipe eristada.
2. Võrdse kohtlemise põhimõtte läheb kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelust kaugemale, võimaldades hõlmata kõiki aspekte, mis võivad kaasa tuua pakkuja ebavõrdse kohtlemise.
3. Kodakondsuse alusel diskrimineerimise keeldu võib pidada võrdse kohtlemise põhimõtte eriliigiks. Rahvuslikel tunnustel põhineva vahetegemise korral kohaldatakse mittediskrimineerimise keeldu, jättes võrdse kohtlemise põhimõtte kõrvale.
4. Riigihankeõiguses on võrdse kohtlemise põhimõtte tuletatud nii riigihankedirektiivide olemusest, direktiivide konkreetsetest sätetest kui ka siseturuvabadustest.
5. Võrdsus riigihangetes tähendab eelkõige taotlejate ja pakkuja ühtset ja objektiivset kohtlemist.
6. Ebavõrdne kohtlemine on lubatud, kui selleks esineb mõistlik põhjus või kaalukad argumendid. Juhul kui ebavõrdne kohtlemine ei too kaasa ettevõtja õiguste tõsist riivet, vaadatakse, kas erinevat kohtlemist tinginud asjaolud pole meelevaldsed. Kui on tegemist pakkuja õiguste olulise riivega, saab erinevat kohtlemist seevastu õigustada vaid kaaluka põhjusega, mis nõuab proportsionaalsuse kontrolli.
7. Juhul kui tellija soovib tellimust anda pakkuja, kes ei teinud majanduslikult kõige soodsamat pakkumist, on tegemist olulise riivega, mis tingib proportsionaalsuse kontrolli. Seejuures, mida tugevam on erineva kohtlemise piirav mõju pakkuja õigustele, seda tungivam peab olema seda õigustav vajadus.
8. Võrdse kohtlemise tagamiseks peavad pakkumise hindamise tingimused võimaldama pakkumisi objektiivselt võrrelda ja hinnata. Objektiivne hinnatavus ei tähenda, et tingimused peavad olema täpselt mõõdetavad. Hindamise tingimus võib olla hinnanguline.

9. Võrdse kohtlemise põhimõte eeldab taotlejate ja pakkujate menetluslikku võrdsust. Võrdne kohtlemine tuleb tagada kogu hankemenetluse jooksul.
10. EÜ asutamislepingu artiklist 12 tuleneval üldisel diskrimineerimiskeelul ei ole riigihangetega seoses iseseisvat tähtsust. Riigihangete puhul on olulised EÜ asutamislepingu artiklitest 43 ja 49 tulenevad diskrimineerimise keelu erisätted.
11. Kuna mittediskrimineerimise põhimõte on võrdse kohtlemise põhimõtte suhtes eriprintsiip, siis on põhimõtete rakenduspraktika sarnane.
12. Läbipaistvuse põhimõtte elementideks on avalikustamine, hankemenetluse avalikkus ning kontrollifunktsioon võrdse kohtlemise põhimõtte ja diskrimineerimiskeelu täitmise üle.
13. Avalikustamine seisneb hankemenetlusest teada andmises. Direktiivi mõjualas toimub see direktiivis ette nähtud hanketeate avaldamisega. Esmase õiguse kohaldamisalas jääb tellijale teatav mänguruum otsustamaks avalikustamise kohustuse täitmise viisi üle. Tellijal tuleb avalikustamise üle otsustamisel lähtuda olukorrast vastaval turul: tellimusest huvitatud ettevõtjate arvust, tellimuse atraktiivsusest (rahalisest väärtusest) ja spetsiifikast.
14. Hankemenetluse avalikkuse all võib mõista tellija kohustust korraldada hankemenetluse läbiviimine selliselt, et hankest huvitatud ettevõtjatel on igas selle etapis võimalik menetluse kulgu jälgida, olla teadlik hankemenetluse tingimustest ning menetluse käigus langetatud otsustest ja nende põhjustest. Hankemenetluse avalikkuse juures võib eristada arusaadavuse aspekti, st hankemenetluses koostatavad dokumendid peavad olema selged ja arusaadavad.
15. Läbipaistvuse põhimõtte kontrollifunktsioon seisneb asjaolus, et see võimaldab kontrollida, kas võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõttest on kinni peetud. Läbipaistvus võimaldab võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtte realiseerumise riigihangetes, mistõttu võib läbipaistvuse kohustust pidada võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise printsiibi abiprintsiibiks.
16. Konkurentsi tagamist ei ole direktiivides ega kohtupraktikas sõnastatud põhimõttena, vaid direktiivide eesmärgina. Põhimõtte kujul on konkurentsi nimetanud kohtujuristid ja õigusteadlased.

17. Konkurentsipõhimõtte lähtealuseks on EÜ asutamislepingu sätted kaupade ja teenuste vaba liikumise ja asutamisvabaduse kohta ning mitte EÜ asutamislepingu artiklites 81–89 kirjas olevad konkurentsieeskirjad.
18. Konkurentsi võib pidada ühenduse riigihankeõiguse juhtprintsipiiks, mille teenistuses on teised riigihankeõiguse põhimõtted, s.o võrdne kohtlemine, mittediskrimineerimine ja läbipaistvus.
19. Konkurentsipõhimõtte juures võib eristada järgmisi elemente: konkurentsi tekitamine, konkurentsi avatus, moonutusteta konkurentsi kaitse ning majanduslikkus.
20. Riigihankedirektiivide sätted reguleerivad hankemenetlusi viisil, mis tekitab ettevõtjate vahel konkurentsi: tellimust soovivaid ettevõtjaid peab olema palju ning nad on motiveeritud esitama võimalikult soodsaid pakkumisi, et taotleda üht eesmärki, s.o saada tellimus.
21. Euroopa Kohus on direktiivide põhjal välja arendanud üldise pakkujate või taotlejate ning nende pakkumiste ja taotluste paljususe kohustuse. Kuna konkurentsi olemasoluks on vaja pakkujate (taotlejate) ning pakkumiste (taotluste) paljusust, siis on tellijal alati õigus valikuvõimaluste puudumise korral menetlus tühistada.
22. Ettevõtjate vahelise konkurentsi tekitamiseks on vaja tagada konkurentsi avatus, st riigihankest tuleb avalikult teada anda. Kui hange on avalikult välja kuulutatud, ei ole tellijal võimalik ühele kindlale ettevõtjale konkurentsitu otsetellimust anda. Avalikustamine annab võimaluse kõigil tellimusest huvitatud ettevõtjatel sellele konkureerida ja välistab ilma konkurentsita hankemenetluse.
23. Moonutusteta konkurentsi kaitse tähendab seda, et tellija peab tagama pakkujatevahelise konkurentsi, mis oleks aus, õiglane ning valiku tegemisel lähtutaks majanduslikest kaalutlustest. Moonutusteta konkurentsi eelduseks on pakkujate võrdne ja mittediskrimineeriv kohtlemine. Eelduse täitmisel on abiks võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtted ning nende täitmist kontrollida võimaldav läbipaistvuse põhimõte.
24. Majanduslikkuse aspekt tähendab, et konkurentsipõhimõtte juures lähtutakse eeldusest, et pakkujatevaheline konkureerimine tagab selle, et eelarvevahendite säästlikuks kasutamiseks kohustatud tellijad võivad hankida kaupu ja teenuseid tavapärasest soodsamatel tingimustel.

Kokkuvõte

Magistritöö järeldused

Magistritöö kokkuvõtvad järeldused on välja toodud iga põhipeatüki lõpus eraldi alapunktina, autor neid siinkohal uuesti ei esita. Alljärgnevalt võtab autor seostataval ning kõrgemal üldistusastmel kokku töö põhitulemused.

Magistritööst ilmnes, et ühenduse riigihankeõiguse aluseks on EÜ asutamislepingu siseturu põhivabadusi käsitlevad sätted, s.o. kaupade ja teenuste vaba liikumine ning asutamisvabadus. Avades riigihanked teiste liikmesriikide ettevõtjatele, on võimalik neil oma kaupu ja teenuseid teises liikmesriigis asuvatele tellijatele pakkuda ja seeläbi põhivabadusi realiseerida. Põhivabaduste teostamine viib edasi lõppeesmärgi, s.o. tõelise siseturu tekkeni. Vaid erinevate liikmesriikide ettevõtjate kaupade ja teenuste vaba konkureerimine kogu ühenduse territooriumil, sh ka riigihangetes, võib täita siseturu toimimise nõuded. Seega on riigihanked oluliseks aspektiks siseturupoliitika elluviimisel.

Siseturu toimimist tagavad sätted EÜ asutamislepingus ei jää loosungiteks, vaid jõuavad Euroopa Parlamendi ja Euroopa Liidu Nõukogu õigustloova tegevuse ning Euroopa Kohtu praktika kaudu ühenduse ettevõtjateni. Kujutavad ju direktiivid endast riigihangete valdkonnas põhivabaduste elluviimiseks vastu võetud normide kogumit. Direktiivid on üles ehitatud viisil, mis kindlustab teiste liikmesriikide pakkujatele ja taotlejatele võimaluse saada tellimusi teises liikmesriigis. Seda direktiivide sätete kaudu, milles nähakse liikmesriikidele ette reeglid avatud ning võrdset ja mittediskrimineerivat kohtlemist nõudvateks hankemenetlusteks.

Direktiivides liiguti järkjärgult üldiselt regulatsioonilt detailsema poole. Tinginud on selle reaalne vajadus: EÜ asutamislepingu sätetest ei ole riigihangete avamiseks ühendusesisesele konkurentsile piisanud, selleks on olnud vaja täpsemaid kohustusi. Vaatamata sellele, et on olemas küllalt detailsed direktiivid, ei ole aga esmane õigus riigihangete jaoks kuhugi kadunud. Esmane õigus toimib justkui varjuna direktiivide kohal. Käesoleva magistritöö autor on seisukohal, et ühenduse riigihankeõiguse aluseks olevaid põhivabadusi tundmata ei ole võimalik direktiivide regulatsioone õigesti mõista.

EÜ asutamislepingu põhivabaduste mõju ei piirdu direktiivide sätetega. Euroopa Kohtu praktikat arvestades tuleb direktiive tõlgendada ning selles olevaid lünki ületada siseturu põhivabaduste ja neist tulenevate põhimõtete ehk teiste sõnadega – esmase õiguse abil. Seejuures on kohus andnud esmase õiguse toel direktiivi sätetele sõnastusest vägagi kaugeleulatuvaid interpreteeringuid. Eelistab ju Euroopa Kohus traditsiooniliselt grammatilisele ja ajaloolisele tõlgendusviisile teleoloogilist ning süstemaatilist tõlgendamiskaanonit. See tähendab, et direktiivist arusaamiseks ei piisa direktiivi teksti lugemistest, vaid seejuures tuleb mõelda direktiivi taga olevate põhivabaduste eesmärgile ja seostele direktiiviga.

Samuti ei reguleerita riigihankeid Euroopa Ühenduse tasandil ammendavalt: tegemist on jagatud pädevuste alasse jääva valdkonnaga. Liikmesriikidele jääb õigus osades, mida direktiiv ei sätesta, säilitada või luua oma õigust. See õigus jääb aga ühenduse esmase õiguse raamidesse: liikmesriikide regulatsioonid peavad olema kooskõlas põhivabaduste ja neist edasi arendatud põhimõtetega.

Direktiivide rakendusala on välja jäetud teenuste kontsessioonid, samuti direktiivis sätestatud piirmäärast väiksema maksumusega hanked. See ei välista aga ühenduse õiguse kohaldamist: ka siin jäävad tellijad seotuks esmase õiguse põhivabaduste ja põhimõtetega.

Kohus on esmase õiguse rakendusala oma uuema praktikaga veelgi laiendanud. Esmase õiguse kohaldamiseks vajaliku piireületava elemendi esinemist on tõlgendatud sedavõrd laiendavalt, et igasuguse välismaise ettevõtja kahjustamise võimalikkuse olemasolu korral saab tugineda esmasele õigusele. Seega on esmase õiguse kohaldamisala väga avar.

Riigihankedirektiivid tuleb üle võtta liikmesriigi õigusesse. Seejuures ei ole liikmesriigid kohustatud direktiivi sõnasõnalt järgima, vaid transformeerima siseriikliku õigusesse selle mõtte ja eesmärgi. Riigihankedirektiivide mõte ja eesmärk on esmase õiguse eesmärk: siseturu vabaduste realiseerumine. Seda tuleb direktiivide ülevõtmisel silmas pidada. Siseriiklik õigusakt peab võimaldama seda eesmärki täita. Vähe sellest, Euroopa Kohtu praktika kohaselt tuleb üle võetud õigust

tõlgendada ühenduse õigusega kooskõlas olevana. Seega tuleb siseriiklikku riigihangete seadust tõlgendada direktiivi silmas pidades, viimast aga käsitatakse esmase õiguse põhivabaduste valguses. Sellist teed pidi jõuame ka siseriikliku riigihankeõiguse kohaldamisel ühenduse esmase õiguseni.

Direktiivide alusel loodud riigisisest õigust tuleb tõlgendada direktiivide valguses ning direktiive omakorda esmast õigust silmas pidades; alla piirmäära hankesid ja teenusekontsessioone, mida direktiivid ei hõlma, tuleb aga käsitada otse esmase õiguse põhimõtete järgi ja seda olenemata välismaiste ettevõtjate osalemisest. Siin ei jää enam ruumi puhtsiseriiklikule riigihankeõigusele.

Miks on see tõdemus oluline? Nagu töös näha võib, lähtub Euroopa Kohus riigihanke direktiivide tõlgendamisel eeskätt ühenduse riigihankeõiguse eesmärgist ja põhimõtetest. Seega tuleb ka riigisisese õiguse rakendajal ühendusest ülevõetud õiguse tõlgendamisel lähtuda samadest alustest. Vaid ühenduse õiguses kasutatavate tõlgenduskaanonite järgimine võib viia ühenduse riigihankeõigusega kooskõlas oleva rakendamistulemuseni. See tähendab teleoloogilise ja süstemaatilise tõlgendamisviisi eelistamist teistele tõlgendamiskaanonitele. Ühenduse riigihankeõigus on suures osas Euroopa Kohtu kujundatud, seega tuleb ka siseriikliku riigihangete seaduse kohaldamisel osades, kus on olemas asjakohane Euroopa Kohtu praktika, seda arvestada.

Magistritöö teises osas on autor analüüsinud põhivabaduste seost riigihangetega ja seda täiendavalt kohtulahendite näitel. Kohtulahendid näitlikustavad ühtlasi esmase õiguse kohaldumist hangetele, mis jäävad direktiivide rakendusala välja. Riigihangeteks on ju ka tellimused, mis alluvad otse esmasele õigusele (teenuse kontsessioonid, alla piirmäära hanked, allhanked).

Magistritöö kolmas osa on pühendatud ühenduse riigihankepõhimõtetele. Alapeatükkides on põhjalikumalt käsitlemist leidnud võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise, läbipaistvuse ja konkurentsi tagamise põhimõtted. Põhjalikumalt käsitlemist leidis võrdse kohtlemise põhimõte, kuna see hõlmab endas diskrimineerimise keelu ning on ka lähtealuseks läbipaistvuse põhimõttele.

Töö autor püüdis Euroopa Kohtu praktika põhjal välja tuua ja analüüsida põhimõtete sisu. Põhimõtete ja nende sisu tundmine on ühenduse riigihankeõiguses iseäranis oluline, kuna tellijal tuleb hankemenetluse käigus langetada ridamisi kaalutusotsuseid⁴⁵⁷. Tellijate otsustusruum on vägagi avar: lähtudes vajadustest, turuolukorrast, majanduslikest aspektidest, hanke objektist jms, tuleb valida sobivad hankekriteeriumid ja hanketoimingute läbiviimise kord. Sageli küllalt suurt valikuvabadust andvate normide alusel tegutsemisele seavad aga raamid riigihankepõhimõtted. Hankepõhimõtetest tuleb kinni pidada, ja see ei ole võimalik ilma põhimõtteid tundmata.

Riigihankepõhimõtete sisu väljaselgitamisel tuli autoril läbi töötada hulk Euroopa Kohtu lahendeid ja kohtujuristide ettepanekuid. Neis ilmnesid põhimõtetele kohtu ja kohtujuristide poolt omistatud iseloomulikud jooned. Magistritöö autor püüdis neid jooni tabada ja ühtse nimetaja alla paigutada. Erinevate põhimõtete elementide käsitlustest formeerusid riigihankepõhimõtteid puudutavate peatükkide alapeatükid.

Milline on põhimõtete osa ühenduse õiguse kohaldamisel? Põhimõtted on ühelt poolt direktiivide taga olevaks mõtteks, mis tuuakse esile teleoloogilise tõlgendamise abil, kui ka materjaliks, mille alusel täita direktiivides olevad lüngad. Alal, mida direktiiv ei reguleeri, kohus põhimõtete alusel aga loob õigust.

Kohtu käsitluse järgi on põhimõtted omavahel tihedalt seotud: läbipaistvuse põhimõte on välja arendatud võrdse kohtlemise põhimõttest, viimane hõlmab mittediskrimineerimise põhimõtte ning põhimõtete järgimine aitab täita ühist eesmärki, s.o tagada konkurents. Selliselt võib öelda, et konkurentsi tagamine on kogu ühenduse riigihankeõigust kattev printsiip, mille teenistuses on teised hankepõhimõtted, s.o võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse põhimõte. Tõeline, ilma igasuguste moonutusteta konkurents saab võimalikuks vaid pakujate ja taotlejate võrdse, mittediskrimineeriva ning läbipaistva kohtlemise kaudu. Seega aitavad need põhimõtted kaasa tõelise konkurentsi tekkele ja seetõttu neid põhimõtteid ka kohaldatakse viisil, mis seab esiplaanile konkurentsipõhimõtte

⁴⁵⁷ Kaalutusotsustest riigihankemenetluses vt Filimonov, Vadim. Diskretsiooniotsused riigihankemenetluses ja nende õiguspärasuse kontroll: [bakalaureusetöö] / Tartu Ülikool, õigusteaduskond, avaliku õiguse instituut, riigi- ja haldusõiguse õppetool; juhendaja Kalle Merusk.Tartu, 2002

realiseerumise. Selliselt võib väita, et konkurentsipõhimõte on ühenduse riigihankeõiguse alusprintsipiiks.

Töös püstitatud põhiülesande täitmine ja hüpoteesi kinnitamine

Töö autor on seisukohal, et sissejuhatuses püstitatud eesmärgid on saavutatud. Töö autor leiab, et suutis käesoleva tööga kinnitada ka hüpoteesi esmase õiguse põhivabaduste ja põhimõtete määravast rollist ühenduse riigihankeõiguses.

Autori originaalne panus ning töö edasiarendamise võimalused

Autori originaalne panus väljendub eeskätt teemakohaste Euroopa Kohtu lahendite ja kohtujuristide ettepanekute analüüsiva ja sünteesiva käsitlemise tulemusena riigihankepõhimõtete erinevate elementide välja toomises ja nende sisu kohta järelduste tegemises.

Käesoleva töö mahtu arvestades jäi analüüsimate liikmesriikide (sh Eesti) õiguspraktika vastavus riigihankepõhimõtetele. Autor leiab, et töö saab olla vastavasisulise edasiarenduse aluseks.

Die Grundfreiheiten und davon abgeleitete Grundsätze des EU Gründungsvertrages für das EU Vergaberecht

Das Resümee

Die öffentlichen Aufträge sind schon längst in verschiedenen Mitgliedsländern der Europäischen Union reguliert worden. Es geht nicht um ein neues und für das Europäische Gemeinschaftsrecht spezifisches Rechtsgebiet. Doch kann man sagen, dass das Gemeinschaftsrecht einen Paradigmawechsel des Vergaberechts mitgebracht hat.

Traditionell wurde beim Vergaberecht von der Sparsamkeit und dem Kampf gegen die Korruption ausgegangen. Das Vergaberecht wurde als ein Teil des Haushaltsrechts angesehen und diente im Interesse der öffentlichen Hand. Die Rechte und Interessen der Bieter und Bewerber standen im Hintergrund. Das Gemeinschaftsrecht hat diese Rechte und Interessen ans Tageslicht gebracht. Dabei spielten die Grundfreiheiten und davon abgeleitete Grundsätze entscheidende Rolle. Die Grundfreiheiten gelten unmittelbar, d.h. die Angehörigen der Mitgliedstaaten und die ihnen gleichgestellten juristischen Personen können sich auf die Grundfreiheiten gegenüber Verwaltungsbehörden und Gerichten berufen. So kann man sagen, dass die Grundfreiheiten den Angehörigen und den juristischen Personen der Mitgliedstaaten Rechte zur Verfügung stellen. Es steht im Gegensatz zum Haushaltsrecht von dem keine Rechte für einzel- und juristische Personen entstehen können.

Die Grundlage des Gemeinschaftsrechts ist ganz anders aufgebaut und es hat für das Vergaberecht der Mitgliedstaaten große Veränderungen mit sich gebracht. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, Gemeinschaftsrecht umzusetzen und zu verfolgen. Für viele Mitgliedstaaten hat es einen Umbruch des Vergaberechts mit sich gebracht und es ging nicht ohne Schmerzen.

Haushaltsrechtliche Lösung des Vergaberechts war in Deutschland längst anerkannt. Deutschland wollte nicht auf diese Lösung verzichten. In verschiedenen Vertragsverletzungsverfahren stützte sich die Kommission im wesentlichen darauf, dass das deutsche Recht dem benachteiligten Unternehmen keine Möglichkeit gewährt, die ihm zustehenden Rechte vor Gericht geltend zu machen. Erst im Jahr

1998 wurde die rechtliche Grundlage mit der Ergänzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (sogenannte GWB Novelle) geändert und in EU-Richtlinien umgesetzt. Doch hat sich unter den EU-Richtlinien Schwellenwerten nichts verändert. Ob es auch unter den Schwellenwerten den Bietern und Bewerbern subjektive Rechte zur Verfügung stellen sollen, steht in der Diskussion.

In Estland ist die Rechtsordnung seit dem Ende der Sowjetokkupation immer wieder verändert worden und deswegen wurde auch das Gemeinschaftsvergaberecht ohne längere Diskussion übernommen.

Die Grundfreiheiten und aus denen abgeleitete Grundsätze spielen im gemeinschaftlichen Vergaberecht eine große Rolle. Die Grundfreiheiten sind im EU Gründungsvertrag (EG-Vertrag) festgeschrieben, d.h. die Grundfreiheiten und Grundsätze gehören zum europäischen Primärrecht. Doch wird es oft das EU Vergaberecht als das Direktivenrecht gekennzeichnet, weil es im EG-Vertrag keine direkten Bestimmungen über öffentliche Aufträge gibt. Die Hauptaufgabe dieser Magisterarbeit ist zu beweisen, dass dieses Verständnis irreführend ist und eigentlich die Grundfreiheiten des EG Grundvertrages für das EU Vergaberecht sehr bedeutsam sind.

Zum Erreichen der genannten Aufgabe werden in der Arbeit zuerst die Quellen des EU-Vergaberechts betrachtet.

Im EG-Vertrag sind die öffentlichen Aufträge nicht geregelt. Es bedeutet aber nicht, dass der EG-Vertrag für die öffentlichen Aufträge unwichtig ist. Ganz im Gegenteil: der Grund des europäischen Vergaberechts liegt bei den Bestimmungen des freien Warenverkehrs der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit. Das Ziel des europäischen Vergaberechts ist die tatsächliche Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungs- und Warenverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge anzustreben um einen gemeinsamen Binnenmarkt aufzubauen.

Alle diese Freiheiten des Binnenmarktes beinhalten ein Diskriminierungsverbot. Der Europäische Gerichtshof hat mehrmals betont, dass die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge auf der Gemeinschaftsebene im wesentlichen die

Interessen der in einem Mitgliedsstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer schützen soll, die den in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen öffentlichen Auftraggebern Waren oder Dienstleistungen anbieten möchten und zu diesem Zweck die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter bei einer Auftragsvergabe und zugleich die Möglichkeit ausschließen, dass ein öffentlicher Auftraggeber sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt.

Der öffentliche Auftraggeber ist verpflichtet ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu beachten. Die Vergaberichtlinien dienen somit dem Zweck der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge zu beseitigen, um die betreffenden Märkte einem echten Wettbewerb zwischen den Unternehmern der Mitgliedstaaten zu öffnen. So kann man sagen, dass die Freiheiten des EG-Vertrages hinter den Vergaberichtlinien stehen. Aber damit endet die Rolle der Freiheiten nicht. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes sollen die Richtlinien des Vertrages klar ausgelegt werden. So finden die Bestimmungen des Vertrages und davon abgeleitete Grundsätze Anwendung als Auslegungsmaßstäbe der Richtlinien. Auch die Lücken werden mit den Bestimmungen des Vertrages ausgefüllt.

Die Bedeutung des Primärrechts endet damit aber immer noch nicht. Die Vergaberichtlinien schaffen kein einheitliches und erschöpfendes Gemeinschaftsrecht. Den Mitgliedstaaten bleibt unangefochten materiellrechtliche oder verfahrensrechtliche Bestimmungen auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge aufrechtzuerhalten oder zu erlassen. Dieses Recht ist aber begrenzt: die Mitgliedstaaten sollen dabei allen einschlägigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts beachten und insbesondere den Verboten, die aus den vom Vertrag aufgestellten Grundsätzen auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts und des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs folgen. Die Grenzen liegen beim Primärrecht: die Mitgliedstaaten bleiben doch mit dem Primärrecht verbunden. Dieselbe Regel in Verbindung mit dem Primärrecht gilt auch bei den Aufträgen und Dienstleistungskonzessionen unter den Richtlinienschwellenwerten. Im Bereich was Dienstleistungskonzessionen anbetrifft, ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zahlreich (Fälle Telaustria, Coname usw).

Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet die Richtlinien in ihrer Rechtsordnung umzusetzen. Bei der Umsetzung kann man nicht vergessen, dass hinter den Richtlinien primärrechtliche Verbote und Freiheiten stehen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes muss man das umgesetzte Gemeinschaftsrecht richtlinienkonform ausgelegen. Wie früher dargestellt, werden die Richtlinien im Licht des Vertrages ausgelegt. Auf solcher Weise beeinflusst das Primärrecht das Vergaberecht der Mitgliedstaaten.

Der Entwurf des neuen estnischen Vergabegesetzes wurde auf der Basis der neuen Richtlinien ausgearbeitet. Es gelten die einheitlichen Rechtsnormen für die öffentlichen Aufträge unter und über der Richtlinienschwellenwerte. Man kann sagen, dass Estland europarechtliches Vergaberecht auch für das inländische Vergaberecht übernommen hat.

Die Verbote des Vertrages allein waren nicht ausreichend, um im Bereich des öffentlichen Auftragswesens den europäischen Binnenmarkt zu verwirklichen. Die Unterschiedlichkeit der einzelstaatlichen Vorschriften auf diesem Gebiet und das Fehlen der Verpflichtung zum innergemeinschaftlichen Wettbewerb boten faktisch sehr günstige Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung abgeschotteter Märkte. Es erwies sich also als erforderlich, in allen Mitgliedstaaten im wesentlichen gleiche Bedingungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge zu gewährleisten, um die Einhaltung der im Vertrag enthaltenen Freiheiten besser überwachen zu können.

Die ersten vergaberechtlichen Koordinierungsrichtlinien wurden in den Jahren 1971 und 1976 erlassen. In den 90-er Jahren wurden sie mit neuen Richtlinien ausgetauscht. Eine Reform des Vergaberechts folgte im neuen Jahrtausend. Es blieben nur zwei Koordinierungsrichtlinien übrig (früher vier), eine für den klassischen Auftraggeber und eine für den Sektorauftraggeber. Die aktuelle Vereinfachung des europäischen Vergaberechts wurde mit den im Jahr 2004 erlassenen Richtlinien zu Ende geführt.

Die Niederlassungsfreiheit, den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr werden als Grundlage des europäischen Vergaberechts angesehen, deswegen ist der zweite Teil der Arbeit diesen Freiheiten gewidmet. Es wird näher betrachtet, in welchem

Zusammenhang die öffentlichen Aufträge mit den Freiheiten des EG-Vertrages stehen. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes stellt gut die Verbindung zwischen öffentlichen Aufträgen und Vertragsfreiheiten dar.

Die Grundsätze spielen im europäischen Vergaberecht eine entscheidende Rolle. Die Grundsätze haben nicht nur die Rechtspraxis, aber auch die Rechtsakte (Richtlinien) beeinflusst. Nach den ersten Begründungserwägungen der neuen Richtlinien wurde bei der Ausarbeitung der Richtlinien die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes mit in Betracht gezogen.

Ein umfangreicher Teil der Arbeit ist der Thematik der Grundsätze gewidmet. Als vergaberechtliche Grundsätze werden das Verbot der Diskriminierung, der Gleichbehandlungsgrundsatz, das Transparenzgebot und der Wettbewerbsgrundsatz näher behandelt. Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Vergaberechtliche Praxis mehr Aufmerksamkeit auf diese Grundsätze gewidmet, auf der Seite geblieben sind der Proportionalitätsgrundsatz und der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung. Was das Vergaberecht angeht, sind diese Grundsätze nicht im Zentrum des Interesses des Europäischen Gerichtshofes. Mit Hilfe der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ist in der vorliegenden Arbeit der Inhalt der Grundsätze des europäischen Vergaberechts eröffnet worden.

Für das Vergaberecht ist der Gleichbehandlungsgrundsatz von zentraler Bedeutung. Die Gleichbehandlung der Bieter und Bewerber ist bei den öffentlichen Aufträgen sehr wichtig. Ohne Gleichbehandlung ist die Entstehung des echten Wettbewerbs zwischen den Bewerbern oder Bietern unmöglich. Die Entstehung des echten Wettbewerbs ist aber nämlich das Endziel des europäischen Vergaberechts.

Das Verbot der Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit ist mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz umfasst. Das Diskriminierungsverbot verbietet allerlei Diskriminierungen, d.h. direkte und indirekte (verschleierte) Diskriminierungen. Mit der Rechtspraxis des Europäischen Gerichtshofs ist die Anwendung dieser Grundsätze in der Arbeit veranschaulicht worden.

Das Transparenzgebot wird von dem Europäischen Gerichtshof als Hilfsgrundsatz angesehen. Wie der Gerichtshof betont hat, schließt das Verbot der Diskriminierung

aus Gründen der Staatsangehörigkeit eine Verpflichtung zur Transparenz ein, damit kann festgestellt werden, ob es beachtet worden ist. Kraft dieser Verpflichtung zur Transparenz muss der Auftraggeber zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den Vergabemarkt dem Wettbewerb öffnet und eine Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden. Bei der Behandlung des Transparenzgrundsatzes werden wie bei anderen Grundsätzen verschiedene Aspekte des Grundsatzes vorgetragen.

Der Wettbewerb ist das Endziel des europäischen Vergaberechts. Man kann sagen, dass die anderen Grundsätze des Vergaberechts sich auf dieses Ziel ausrichten. Vorschriften über öffentliche Aufträge, insbesondere die Richtlinie, die Verfahren zur Vergabe dieser Aufträge so zu koordinieren, dass die Wirtschaftsteilnehmer zueinander in Wettbewerb treten und dieser Wettbewerb muss ohne Verfälschungen von statt gehen .

Aber der Wettbewerbsgrundsatz dient auch einem anderen Ziel was überhaupt nicht für die „haushaltsrechtliche Lösung“ fremd ist, d.h. der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Angesichts des Umfangs des europäischen Beschaffungswesens kann eine effizient organisierte Beschaffung dem Staat und damit auch dem Steuerzahler beträchtliche Einsparungen bringen. Derartige Überlegungen sind um so gewichtiger, wenn die Mitgliedstaaten unter starkem Druck stehen, ihre Haushaltsdefizite abzubauen, um den Maastrichter Konvergenzkriterien zu entsprechen.

Die Arbeit basiert in erster Linie auf der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und Schlussanträgen des Generalanwalten. Von der Sekundärliteratur haben mehrheitlich die Werke und Artikel der deutschen Rechtstheoretiker Anwendung gefunden. Das Estnische Rechtssystem und die Rechtstheorie basiert auf der deutschen Grundlage, deswegen fand die Autorin dieser Arbeit, dass es sich auf diesen Werken der deutschen Theoretikern zu beruhen, der bessere Weg ist.

Von den Untersuchungsmethoden benutzte die Autorin mehrheitlich systematische und analytische Methoden. Die vorliegende Arbeit ist keine erschöpfende Behandlung

dieses Themas. Es ist möglich das Thema weiterzuentwickeln und dabei die Rechtsprechung des Vergaberechts der Mitgliedstaaten in Betracht zu ziehen.

KASUTATUD MATERJALID

Kasutatud kirjandus

Aarnio, A. Õiguse tõlgendamise teooria. Tallinn, 1996. Viidatud: Aarnio.

Alexy, R. Põhiõigused Eesti põhiseaduses. Juridica Eriväljaanne. 2001, lk 5-96. Viidatud: Alexy.

Aristoteles. Politik. Leipzig, 1922, III, 9, 1280 a. Alexy, R. Põhiõigused Eesti põhiseaduses. Juridica Eriväljaanne. 2001, lk 87 kaudu. Viidatud: Aristoteles.

Arrowsmith, S. The EC Procurement Direktives, national procurement Policies and Better Governance. The Case for a new Approach” European Law Review 2002, 27(1), p 3-24. Viidatud: Arrowsmith 1.

Arrowsmith, S. PPLR 1995, 255 (271), Weber, Claus Zulässigkeit und Grenzen von Leistungsbeschreibungen nach europäischem Vergaberecht. NZBau 2002, Heft 4, s 194 kaudu. Viidatud: Arrowsmith 2.

Barnard, C. The substantive Law of the EU: The Four Freedoms. Oxford University Press, 2004. Viidatud: Barnard.

Baron, M. Das neue Kartellgesetz. Einführung in die 6. GWB-Novelle und das Vergaberecht. 1996. Bonn. Viidatud: Baron.

Bayer, W; Franke, H; Opitz, M. EU-Vergaberecht. DIN, Deutsches Institut für Normung e.V. Berlin, 2001. Viidatud: Bayer, Franke, Opitz.

Braun, Ch; Hauswaldt, Ch. Vergaberechtliche Wirkung der Grundfreiheiten und das Ende der Inländerdiskriminierung? Zugleich eine Anmerkung zum EuGH-Urteil Coname.EuZW, 2006, Heft 6, s 176–178. Viidatud: Braun, Hauswaldt.

Bungenberg, M. Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. NVwZ, 2003, Heft 3, s 314–317. Viidatud: Bungenberg.

Byok, Jan. Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2002. NJW, 2004, Heft 4, s 198–205. Viidatud: Byok.

Dreher, M. Die Zukunft des untergesetzlichen Vergaberechts. Zur Neuordnung von Vergabeverordnung und Verdingungsordnungen. NVwZ, 1999, Heft 12, s 1265–1273. Viidatud: Dreher.

Dörr, O. Das europäische Vergaberecht in Deutschland. JZ, 2004, Heft 14, s 703–713. Viidatud: Dörr.

Ehlers, D; Becker, U. Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten. Berlin, De-Gruyter-Lehrbuch. 2003. Kühling, J. „Rechtliche Grenzen der “Ökologisierung” des öffentlichen Beschaffungswesens – Transparenz- und Gleichbehandlungsgebote als Leitplanken bei der Beachtung von Umweltsschutzbelangen. VA, 2004, Heft 3, s 348, 351 kaudu. Viidatud: Ehlers.

Fernandez Martin Jose M. The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis. Clarendon Press. Oxford, 1996. Viidatud: Fernandez.

Filimonov, V. Diskretsioonitsused riigihankemenetluses ja nende õiguspärasuse kontroll: [bakalaureusetöö] / Tartu Ülikool, õigusteaduskond, avaliku õiguse instituut, riigi- ja haldusõiguse õppetool; juhendaja Kalle Merusk. Tartu, 2002. Viidatud: Filimonov.

Hermes, G. Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftragsvergabe. JZ, 1997, Heft 19, s 909–915. Viidatud: Hermes.

Hesse. Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht. AöR, 77 (1951/52), 167, 172. Pünder, H. Zu den Vorgaben des grundgesetzlichen Gleichheitssatzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge. VA, 2004, Heft 1, s 42 kaudu. Viidatud: Hesse.

Jestaedt, Kemper, Marx, Priess. Das Recht der Auftragsvergabe, 1999 reanumber 1.5, Ch. Koenig, A. Haratsch “Grundzüge des deutschen und des europäischen Vergaberechts”. NJW 2003, Heft 37, s 2638 kaudu. Viidatud: Jestaedt, Kemper, Marx, Priess.

Joutsamo, K. Legal Principles in Community Law After the Treaty of Amsterdam. Helsinki: Helsingin Yliopisto Oikeustieteellisen tiedekunnan kirjasto, 1997. Viidatud: Joutsamo.

Justiitsministeerium (Ernits, M.). Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. Juura Õigusteabe AS. Tallinn, 2002. Viidatud: Justiitsministeerium (Ernits).

Kilian, W. Europäisches Wirtschaftsrecht: EG-Wirtschaftsrecht und Bezüge zum Deutschen Recht. C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München, 1996. Viidatud: Kilian.

Klitgaard, R, Maclean-Abaroa R, Lindsey Parris H. Corrupt cities: a practical guide to cure and prevention. Institute for Contemporary Studies. 2000, lk 129. Rosin, Külli. Riigihange. Juridica nr 9/2001, lk 661–669 kaudu. Viidatud: Klitgaard, Maclean-Abaroa, Lindsey.

Koenig, Ch; Haratsch, A. Grundzüge des deutschen und des europäischen Vergaberechts. NJW, 2003, Heft 37, s 2637–2642. Viidatud: Koenig, Haratsch.

Koenig, Ch; Kühling, J. Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Wettbewerbsoffenheit des Ausschreibungsverfahrens – Konvergenz von EG-Beihilfenrecht und Vergaberecht. NVwZ, 2003, Heft 7, s 779–786. Viidatud: Koenig, Kühling.

Kühling, J. Rechtliche Grenzen der „Ökologisierung“ des öffentlichen Beschaffungswesens –Transparenz- und Gleichbehandlungsgebote als Leitplanken bei der Beachtung von Umweltsschutzbelangen. VA, 2004, Heft 3, s 337–357. Viidatud: Kühling.

Laffranque, J. Euroopa Liidu õigussüsteem ja Eesti õiguse koht selles. Tallinn. 2006. Viidatud: Laffranque

Lechlerer, H. Der Beitrag der allgemeinen Rechtsgrundsätze zur Europäischen Integration – Rückblick und Ausblick. ZeuS, 2003, Heft 3, s 337–352. Viidatud: Lechlerer.

Mader, O. Entwicklungslinien in der neueren EuGH-Rechtsprechung zum materiellen Recht im öffentlichen Auftragswesen. EuZW, 1999, Heft 11, s 331–340. Viidatud: Mader.

Maurer, H. Haldusõigus üldosa. Tallinn 2004. Viidatud: Maurer.

Müller-Graff, P.-Ch. (Hrsg) Das öffentliche Auftragswesen in der EG: Vorträge der Fachgruppe für Europarecht auf der 25. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung vom 20.-22. März 1996 in Jena – I. Auft –Baden-Baden: Nomos Verl-Ges., 1996. Viidatud: Müller-Graff.

Narits, R. Õiguse entsüklopeedia. Tartu Ülikool. 1995. Viidatud: Narits.

Oppermann, Th. Euroopa Õigus. Tallinn. 2002. Viidatud: Oppermann.

Piinder, H. Zu den Vorgaben des grundgesetzlichen Gleichheitssatzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge. VA, 2004, Heft 1, s 38–62. Viidatud: Punder.

Robert, D. Europäische Kommission. Leitfaden zu den Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe von öffentlichen Lieferaufträgen mit Ausnahme von Aufträgen in Bereichen Wasser- und Energieversorgung, Verkehr und Telekommunikation. Richtlinie 93/36/EWG. Elektrooniliselt kättesaadav:
http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/guidelines_de.htm

Robert, D. Europäische Kommission. Leitfaden zu den Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen mit Ausnahme von Aufträgen in Bereichen Wasser- und Energieversorgung, Verkehr und Telekommunikation. Richtlinie 93/37/EWG. Elektrooniliselt kättesaadav:
http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/guidelines_de.htm

Salmistu, M. Euroopa Ühenduse õiguse mõjud võrdse kohtlemise põhimõtte rakendumisele riigihankemenetluses: bakalaureusetöö; juhendaja E. Andresen. Tartu Ülikool, õigusteaduskond, riigi- ja haldusõiguse õppetool. 2004. Viidatud: Salmistu.

Schmidt, I. Wettbewerbspolitik und Kartellrecht. 3 Aufl., Stuttgart, 1990.
Sepp, Jüri. Konkurentsipoliitika Tartu Ülikooli Kirjastus, 1998, lk 16 kaudu.
Viidatud: Schmidt.

Schwarze, J.; Müller, P-Ch. Europarecht Das öffentliche Auftragswesen in der EG: Vorträge der Fachgruppe für Europarecht auf der 25. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung vom 20.–22.März 1996 in Jena. Baden-Baden:Nomos Verl-Ges. 1996. Viidatud: Schwarze, Müller.

Sepp, J. Konkurentsipoliitika. Tartu Ülikooli Kirjastus. 1998. Viidatud: Sepp.

Vilms, K. Demokraatia printsiip Euroopa Ühenduse õiguse printsiibina. Juridica nr 5/2001, lk 345–352. Viidatud: Vilms.

Weber, C. Zulässigkeit und Grenzen von Leistungsbeschreibungen nach europäischem Vergaberecht. NZBau, 2002, Heft 4, s 194–197. Viidatud: Weber.

Öhler, M. Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union: zugleich ein Betrag zur Durchsetzung des europäischen Gemeinschaftsrecht. Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei. Wien, 1997. Viidatud: Öhler.

Kasutatud normatiivmaterjalide loetelu

Eesti õigusaktid

Riigihangete seadus. 31. mai 1995. – RT I 1995, 54, 883; v.m 2001, 7, 17

Riigihangete seaduse muutmise ja täiendamise seadus. 08. aprill 1998. – RT I 1998, 38, 561

Euroopa Ühenduste ja nende liikmesriikide ning Eesti Vabariigi vahelise assotsieerumislepingu (Euroopa lepingu) ratifitseerimise seadus 01.08.1995. – RT II 1995, 22/27, 120

Riigihangete seadus. 19. oktoober 2000. – RT I 2000, 84, 534; v.m 2005, 18, 105

Euroopa Liidu õigusaktid

Euroopa Majandusühenduse asutamisleping. 1957. – elektrooniliselt kättesaadav http://eur-lex.europa.eu/et/treaties/treaties_founding.htm

Ühtne Euroopa Akt. 1986. - elektrooniliselt kättesaadav http://eur-lex.europa.eu/et/treaties/treaties_other.htm

Euroopa Aatomienergiaühenduse asutamisleping. Konsolideeritud versioon 1992. – elektrooniliselt kättesaadav http://eur-lex.europa.eu/et/treaties/treaties_founding.htm

Euroopa Ühenduse asutamisleping. Konsolideeritud versioon 1997. – EÜT C 340, 10.11.1997

Protokoll (nr 30) subsidiaarsuse ja proportsionaalsuse põhimõtte kohaldamise kohta. Amsterdami leping. Konsolideeritud lepingud. Eesti Õigustõlke Keskus. 1998

Richtlinie 64/427/EWG des Rates vom 7. Juli 1964 über die Einzelheiten der Übergangsmaßnahmen auf dem Gebiet der selbständigen Tätigkeiten der be- und verarbeitenden Gewerbe der CITI-Hauptgruppen 23–40 (Industrie und Handwerk) – ABl. 117 vom 23.7.1964, S. 1863–1870

Richtlinie 64/429/EWG des Rates vom 7. Juli 1964 über die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs für selbständige Tätigkeiten der be- und verarbeitenden Gewerbe der CITI- Hauptgruppen 23–40 (Industrie und Handwerk) - ABl. 117 vom 23.7.1964, S. 1880–1892

Richtlinie 70/32/EWG der Kommission vom 17. Dezember 1969 über die Lieferungen von Waren an den Staat, seine Gebietskörperschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts – ABl. L 13 vom 19.1.1970, S. 1–3

Richtlinie 70/50/EWG der Kommission vom 22. Dezember 1969, gestützt auf die Vorschriften des Artikels 33 Absatz 7 über die Beseitigung von Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen, die nicht unter andere auf Grund des EWG-Vertrags erlassene Vorschriften fallen – ABl. L 13 vom 19.1.1970, S. 29–31

Nõukogu Direktiiv 71/304/EMÜ, 26. juuli 1971, riiklike ehitustöölepingutega seotud teenuste osutamise vabadust ning esinduste ja filiaalide kaudu tegutsevate tööttevõtjatega riiklike ehitustöölepingute sõlmimist käsitlevate piirangute kaotamise kohta - EÜT L 185, 16.8.1971, lk 1–4

Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge – ABl. L 185 vom 16.8.1971, S. 5–14

Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge – ABl. L 13 vom 15.1.1977, S. 1–14

Richtlinie 88/295/EWG des Rates vom 22. März 1988 zur Änderung der Richtlinie 77/62/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und zur Aufhebung einiger Bestimmungen der Richtlinie 80/767/EWG – ABl. L 127 vom 20.5.1988, S. 1–14

Richtlinie 98/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 zur Änderung der Richtlinie 93/38/EWG zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor – ABl. L 101 vom 1.4.1998, S. 1–16

Richtlinie des Rates vom 18. Juli 1989 zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (89/440/EWG) – ABl. L 210 vom 21.7.1989, S. 1–21

Nõukogu Direktiiv 89/665/EMÜ, 21. detsember 1989, riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta – EÜT L 395, 30.12.1989, lk 33–35

Richtlinie 90/531/EWG des Rates vom 17. September 1990 betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor – ABl. L 297 vom 29.10.1990, S. 1–48

Nõukogu Direktiiv 92/13/EMÜ, 25. veebruar 1992, veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta – EÜT L 76, 23.3.1992, lk 14–20

Nõukogu Direktiiv 92/50/EMÜ, 18. juuni 1992, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord – EÜT L 209, 24.7.1992, lk 1–24

Nõukogu direktiiv 93/36/EMÜ, 14. juuni 1993, millega kooskõlastatakse riiklike tarnelepingute sõlmimise kord – EÜT L 199, 9.8.1993, lk 1–53

Nõukogu direktiiv 93/37/EMÜ, 14. juuni 1993, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord – EÜT L 199, 9.8.1993, lk 54–83

Nõukogu direktiiv 93/38/EMÜ, 14. juuni 1993, millega kooskõlastatakse veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate tellijate hankemenetlused – EÜT L 199, 9.8.1993, lk 84–138

Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 97/52/EÜ, 13. oktoober 1997, millega muudetakse direktiive 92/50/EMÜ, 93/36/EMÜ ja 93/37/EMÜ, mis käsitlevad vastavalt riiklike teenuslepingute, riiklike tarnelepingute ja riiklike ehitustöölepingute sõlmimise korra kooskõlastamist – EÜT L 328, 28.11.1997, lk 1–59

Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus (EÜ) nr 2195/2002, 5. november 2002, ühtse riigihangete klassifikaatori (CPV) kohta EMPs kohaldatav tekst. – EÜT L 340, 16.12.2002, lk 1–562

Komisjoni määrus (EÜ) nr 2151/2003, 16. detsember 2003, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrust (EÜ) nr 2195/2002 ühtse riigihangete klassifikaatori (CPV) kohta EMPs kohaldatav tekst. – ELT L 329, 17.12.2003, lk 1–270

Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, 31. märts 2004, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused – ELT L 134, 30.4.2004, lk 1–113

Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta – ELT L 134, 30.4.2004, lk 114–240

Komisjoni määrus (EÜ) nr 1874/2004, 28. oktoober 2004, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ seoses

riigihankemenetluste puhul kohaldatavate piirmääradega EMPs kohaldatav tekst – ELT L 326, 29.10.2004, lk 17–18

Ettevalmistavad aktid ja muud materjalid

Eesti ettevalmistavad aktid ja muud materjalid

Riigihangete seaduse eelnõu (816 SE II-2) – elektrooniliselt kättesaadav <http://web.riigikogu.ee/ems/plsql/motions.show?assembly=10&id=816&t=E>

Euroopa Liidu ettevalmistavad aktid

Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs – ABl. 2 vom 15.1.1962, S. 32–35

Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit – ABl. 2 vom 15.1.1962, S. 36–45

Mitteilung der Kommission über die Auswirkungen des Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 20.02.1979 in der Rechtssache 120/78 (Cassis de Dijon) 03.10.1980 – ABl. C 256 vom 03.10.1980, S. 2–3

European Commission, Completing the internal market: white paper from Commission to the European Council (Milan, 28–29.june 1985) /COM/85/0310/FINAL – elektrooniliselt kättesaadav http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T3=0310&T1=V5&Submit=Suche&RechType=RECH_naturel&T2=1985

Mitteilung der Kommission – Vademekum über öffentliche Auftragswesen in der Gemeinschaft Anhang III Begriff der Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige beschränkungen – ABl. nr C 358 vom 31.12.1987, S 1–82

Grünbuch – das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft /* KOM/96/0583 ENDG */ – elektrooniliselt kättesaadav http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/consultations_en.htm

Europäische Kommission “Öffentliches Auftragswesen in der Europäischen Union. Leitfaden zu den Gemeinschaftsvorschriften über öffentliche Dienstleistungsaufträge Richtlinie 92/50/EWG” – elektrooniliselt kättesaadav http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/guidelines_de.htm

Leitfaden zum Konzept und zur Praktischen anwendung der Artikel 28–30 EG-Vertrag. Januar 2000. DG Binnenmarkt. – elektrooniliselt kättesaadav http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/goods/art2830_de.htm

Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht – ABl nr C 121 vom 29.04.2000, S 2–13

Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur

Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge /* KOM/2001/0274 endg. */ – ABl nr. C 333 vom 28/11/2001 S.12–26

Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. /* KOM/2001/0566 endg. */ – ABl nr. C 333 vom 28/11/2001 S. 27–41

Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschiffahrtswegen (Vorlage der Kommission gemäß Artikel 250 Absatz 2 EG-Vertrag) /* KOM/2002/0107 endg. – COD 2000/0212 */ – ABl. C 151E vom 25.6.2002, S. 146–183

Geänderter Vorschlag Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (von der Kommission vorgelegt gemäß Artikel 250 Absatz 2 EG-Vertrag) /* KOM/2002/0235 endg. – COD 2000/0117 */ – ABl. C 203E vom 27.8.2002, S. 183–209

KOM(2004) siseturu strateegia (2003–2006) teine rakendamisaruanne – elektrooniliselt kättesaadav <http://europa.eu.int/comm/internal-market/en/update/strategy/2nd-impl-report-et.pdf>

A report on the functioning of public procurement market in the EÜ: benefits from the application of EÜ directives and challenges for the future 03/02/2004 – elektrooniliselt kättesaadav http://europa.eu.int/comm/internal-market/publicprocurement/docs/public-proc-market-final-report_en.pdf

Euroopa Komisjoni teatis Nõukogu, Euroopa Parlamendi, Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele ning regioonide komiteele Brüssel KOM(2004) siseturu strateegia (2003-2006) teine rakendamisaruanne – elektrooniliselt kättesaadav <http://europa.eu.int/comm/internal-market/en/update/strategy/2nd-impl-report-et.pdf>

Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen. Kommission 23.06.2006 COM – elektrooniliselt kättesaadav http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/key-docs_en.htm

Kasutatud kohtupraktika

Euroopa Kohus

EK 10.12.1968. otsus kohtuasjas 7/68: *Komisjon Itaalia vastu*. EKL 1968, lk I-634

EK 12.07.1973.a otsus kohtuasjas 2/73: *Riseria Luigi Geddo*. EKL 1973, lk I-865

EK 21.06.1974. a otsus kohtuasjas 2/74: *Jean Reyners*. EKL 1974, lk I-631

EK 11.07.1974. a otsus kohtuasjas 8/74: *Gustave Dassonville*. EKL 1974, lk I-837

EK 14.06.1976. a otsus kohtuasjas 13/76: *Gaetano Dona*. EKL 1976, lk I-1333

EK 22.03.1977. a otsus kohtuasjas 74/76: *Ianelli ja Volpi*. EKL 1977, lk I-557

EK 28.04.1977. a otsus kohtuasjas 71/76: *Jean Thieffry*. EKL 1977, lk I-765

EK 09.06.1977. a otsus kohtuasjas 90/76: *SRL Ufficio*. EKL 1977, lk I-1091

EK 20.02.1979. a otsus kohtuasjas 120/79: *Rewe-Zentral*. EKL 1979, lk I-649

EK 08.10.1980. a otsus kohtuasjas C-810-79: *Peter Überschär*. EKL 1980, lk I-2747

EK 17.12.1981. a otsus kohtuasjas C-279/80: *Alfred John Webb*. EKL 1981, lk I-3305

EK 03.02.1982. a otsus seotud kohtuasjades C-62/81 ja 63/81: *Seco et Societe*. EKL 1982, lk I-223

EK 10.02.1982. a otsus kohtuasjas C-76/81: *SA Transporoute*. EKL 1982, lk I-417

EK 13.12.1983. a otsus kohtuasjas C-218/82: *Komisjon nõukogu vastu*. EKL 1993, lk I-4063

EK 28.03.1985. a otsus kohtuasjas C-274/83: *Komisjon Itaalia vastu*. EKL 1985, lk I-1077

EK 26.02.1986. a otsus kohtuasjas C-152/84: *M.H. Marshall*. EKL 1986, lk I-723

EK 09.07.1987. a otsus seotud kohtuasjades C-27-29/86: *S.A. Constructions*. EKL 1987, lk I-3347

EK otsus 14.01.1988 kohtuasjas C-63/86: *Komisjon Itaalia vastu*. EKL 1988, lk I-29

EK 20.09.1988. a otsus kohtuasjas C-31/87: *Gebroeders Beentjes*. EKL 1988, lk I-4635

EK 22.09.1988. a otsus kohtuasjas C-45/87: *Komisjon Iirimaa vastu*. EKL 1988, lk I-4929

EK 30.05.1989. a otsus kohtuasjas C-305/87: *Komisjon Kreeka vastu*. EKL 1989, lk I-1461

EK 22.06.1989. a otsus kohtuasjas C-103/88: *Fratelli Costanzo SPA*. EKL 1989, lk I-1839

EK 05.12.1989. a otsus kohtuasjas C-3/88: *Komisjon Itaalia vastu*. EKL 1989, lk I-4035

EK 27.03.1990. a otsus kohtuasjas C-113/89: *Rush Portuguesa*. EKL 1990, lk I-1417

EK 20.09.1990. a otsus kohtuasjas C-21/88: *Du Pont de Nemours Italiana SPA Unita Sanitaria vastu*. EKL 1990, lk I-889

EK 13.11.1990. a otsus kohtuasjas C-106/89: *Marleasing SA*. EKL 1990, lk I-4135

EK 07.03.1991. a otsus kohtuasjas C-10/90: *Maria Masgio*. EKL 1991, lk I-1119

EK 31.03.1993. a otsus kohtuasjas C-19/92: *Dieter Kraus*. EKL 1993, lk I-1663

EK 22.06.1993. a otsus kohtuasjas C-243/89: *Komisjon Taani vastu*. EKL 1993, lk I-3353

EK 17.11.1993. a otsus kohtuasjas C-71/92: *Komisjon Hispaania vastu*. EKL 1993, lk I-5923

EK 24.11.1993. a otsus ühendatud kohtuasjades C-267/91 ja C-268/91: *Bernard Keck ja Daniel Mithouard*. EKL 1993, lk I-6097

EK 16.12.1993. a otsus kohtuasjas C-334/92: *Teodoro Wagner Miret*. EKL 1993, lk I-6911

EK 26.04.1994. a otsus kohtuasjas C-272/91: *Komisjon Itaalia vastu*. EKL 1994, lk I-1409

EK 14.07.1994. a otsus kohtuasjas C-91/92: *Paola Faccini Dori*. EKL 1994, lk I-3325

EK 24.01.1995. a otsus kohtuasjas C-359/93: *Komisjon Hollandi vastu*. EKL 1995, lk I-157

EK 28.03.1995. a otsus kohtuasjas C-324/93: *The Queen, Secretary of State for Home Department vastu*. EKL 1995, lk I-563

EK 11.08.1995. a otsus kohtuasjas C-433/92: *Komisjon Saksamaa vastu*. EKL 1995, lk I-2303

EK 30.11.1995. a otsus kohtuasjas C-55/94: *Reinhard Gebhard*. EKL 1995, lk I-4165

EK 25.04.1996. a otsus kohtuasjas C-87/94: *Komisjon Belgia vastu*. EKL 1996, lk I-2043

EK 15.01.1998. a otsus kohtuasjas C-44/96: *Mannesmann Anlagenbau*. EKL 1998, lk I-73

EK 10.09.1998. a otsus kohtuasjas C-360/96: *Gemeente Arnhem*. EKL 1998, lk I-6821

EK 04.03.1999. a otsus kohtuasjas C-258/97: *Hospital Ingenieure*. EKL 1999, lk I-1405

EK 16.09.1999. a otsus kohtuasjas C-27/98: *Metalmeccanica Fracasso SpA ja Leitschutz*. EKL 1999, lk I-5697

EK 28.10.1999. a otsus kohtuasjas C-328/90: *Komisjon Austria vastu*. EKL 1999, lk I-7479

EK 18.11.1999. a otsus kohtuasjas C-275/98: *Unitron Scandinavia*. EKL 1999, lk I-8291

EK 26.09.2000. a otsus kohtuasjas C-225/98: *Komisjon Prantsusmaa vastu*. EKL 2000, lk I-7445

EK 03.10.2000. a otsus kohtuasjas C-380/98: *The Queen H.M.Treasury*. EKL 2000, lk I-8035

EK 05.10.2000. a otsus kohtuasjas C-16/98: *Komisjon Prantsusmaa vastu*. EKL 2000, lk I-8315

EK 07.12.2000. a otsus kohtuasjas C-324/98: *Telaustria*. EKL 2000, lk I-10745

EK 01.02.2001. a otsus kohtuasjas C-237/99: *Komisjon Prantsusmaa vastu*. EKL 2001, lk I-939

EK 12.07.2001. a otsus kohtuasjas C-399/98: *Ordine degli Architetti*. EKL 2001, lk I-5409

EK 18.10.2001. a otsus kohtuasjas C-19/00: *SIAC*. EKL 2001, lk I-7725

EK 27.11.2001. a otsus kohtuasjas C-285/99 ja C-286/99: *Impresa Lombardini Spa*. EKL 2001, lk I-9233

EK 03.12.2001. a määrus kohtuasjas C-59/00: *Bent Moustén Vestergaard*. EKL 2001, lk I-9505

EK 18.06.2002. a otsus kohtuasjas C-92/00: *Hospital Ingenieure*. EKL 2002, lk I-5553

EK 17.09.2002. a otsus kohtuasjas C-513/99: *Concordia Bus*. EKL 2002, lk I-7213

EK 12.12.2002. a otsus kohtuasjas C-470/99: *Universale Bau AG*. EKL 2002, lk I-11617

EK 10.04.2003. a otsus ühendatud kohtuasjades C-20/01 ja C-28/01: *Komisjon Saksamaa vastu*. EKL 2003, I-3609

EK 19.06.2003. a otsus kohtuasjas C-315/01: *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik*. EKL 2003, lk I-6351

EK 16.10.2003. a otsus kohtuasjas C-244/02: *Kauppatalo Hansel*. EKL 2003, lk I-12139

EK 16.10.2003. a otsus kohtuasjas C-421/01: *Traunfellner*. EKL 2003, lk I-11941

EK otsus 04.12.2003 kohtuasjas C-448/01: *EVN*. EKL 2003, lk I-14527

EK 13.07.2004. a otsus kohtuasjas C-262/02: *Komisjon Prantsusmaa vastu*. EKL 2004, lk I-6569

EK 13.07.2004. a otsus kohtuasjas C-429/02: *Bacardi France SAS*. EKL 2004, lk I-6613

EK 09.09.2004. a otsus kohtuasjas C-340/01: *Komisjon Hispaania vastu*. EKL 2004, lk I-7655

EK 07.10.2004. a otsus kohtuasjas C-247/02: *Sintesi*. EKL 2004, lk I-9215

EK 14.10.2004. a otsus kohtuasjas C-340/02: *Komisjon Prantsusmaa vastu*. EKL 2004, lk I-9845

EK 14.12.2004. a otsus kohtuasjas C-434/02: *Arnold Andre*. EKL 2004, lk I-11825

EK 14.12.2004. a otsus kohtuasjas C-210/03: *Swedish Match*. EKL 2004, lk I-11893

EK 11.01.2005. a otsus kohtuasjas C-26/03: *Stadt Halle*. EKL 2005, lk I-1

EK 03.03.2005. a otsus ühendatud kohtuasjades C-21/03 ja C-34/03: *Fabrimcom*. EKL 2005, lk I-1559

EK 21.06.2005. a otsus kohtuasjas C-231/03 : *Consortio Aziende Metano (Coname)*. EKL 2005, lk I-7287

EK 13.10.2005. a otsus kohtuasjas C-458/03: *Parking Brixen*. EKL 2005, lk I-8612

EK 20.10.2005. a otsus kohtuasjas C-264/03: *Komisjon Prantsusmaa vastu*. EKL 2005, lk I-8831

EK 27.10.2005. a otsus kohtuasjas C-234/03: *Contse*. EKL 2005, lk I-9315

EK 10.11.2005. a otsus kohtuasjas C-29/04: *Komisjon Austria vastu*. EKL 2005, lk I-9705

EK 24.11.2005. a otsus kohtuasjas C-331/04: *ATI EAC*. EKL 2005, lk I-10109

EK 09.02.2006. a otsus ühendatud kohtuasjades C-226/04 ja C-228/04: *La Cascina ja Zilch*. Kohtulahendite kogumikus avaldamata

EK 06.04.2006. a otsus kohtuasjas C-410/04: *ANAV*. Kohtulahendite kogumikus avaldamata

Esimese astme kohus

Esimese astme kohtu 25.02.2003. a otsus kohtuasjas T-183/00: *Strabag Benelux*. EKL 2003, lk II-134

Euroopa Kohtu presidendi otsused

13.03.1987. a otsus kohtuasjas C-45/87R: *Komisjon Iirimaa vastu*. EKL 1987, lk I-1369

Eesti kohtulahendid

Riigikohtu halduskolleegiumi 15.03.2006. a otsus haldusasjas nr 3-3-1-5-06 AS XXXXX kaebuses Kohtla-Järve Linnavalitsusele ettekirjutuse tegemises AS XXXXX kassatsioonkaebus Tartu Ringkonnakohtu 3. novembri 2005. a otsusele haldusasjas nr 2-3-342/2005

Tallinna Ringkonnakohtu halduskolleegiumi otsus 31.03.2004 haldusasjas nr 2-3/297/2004 Oracle East Central Europa Limited Eesti filiaali apellatsioonkaebuses Tallinna Halduskohtu 16.05.2003 otsuse peale haldusasjas nr 3-744/2003

Kohtujuristi ettepanekud

Kohtujurist Darmoni ettepanek 21.06.1988 kohtuasjas C-45/87: *Komisjon Iirimaa vastu*. EKL 1988, lk I-4929

Kohtujurist Jacobs ettepanek 13.04.1989 kohtuasjas C-305/87: *Komisjon Kreeka vastu*. EKL 1989, lk I-1461

Kohtujurist Mischo ettepanek 04.10.1989 kohtuasjas C-3/88: *Komisjon Itaalia vastu*. EKL 1989, lk I-4035

Kohtujurist Van Gervan ettepanek 07.03.1990 kohtuasjas C-113/89: *Rush Portuguesa*. EKL 1990 I-1417

Kohtujurist Tesauro ettepanek 17.11.1992 kohtuasjas C-243/89: *Komisjon Taani vastu*. EKL 1993, lk I-3353

Kohtujurist Gulmanni ettepanek 30.06.1993 kohtuasjas C-71/92: *Komisjon Hispaania vastu*. EKL 1993, lk I-5923

Kohtujurist Gulmani ettepanek 14.07.1993 kohtuasjas C-272/91: *Komisjon Itaalia vastu*. EKL 1994, lk I-1409

Kohtujurist Lenz ettepanek 12.09.1995 kohtuasjas C-87/94: *Komisjon Belgia vastu*. EKL 1996, lk I-2043

Kohtujurist Legeri ettepanek 16.09.1997 kohtuasjas C-44/96: *Mannesmann Anlagenbau*. EKL 1998, lk I-73

Kohtujurist Saggio ettepanek 25.03.1999 kohtuasjas C-27/98: *Metalmecanica Fracasso SpA ja Leitschutz*. EKL 1999, lk I-5697

Kohtujurist Cosmas ettepanek 01.07.1999 kohtuasjas C-107/98: *Teckal*. EKL 1999, lk I-8121

Kohtujurist Jacobs ettepanek 24.02.2000 kohtuasjas C-16/98: *Komisjon Prantsusmaa vastu*. EKL 2000, lk I-8315

Kohtujurist Alber ettepanek 14.03.2000 kohtuasjas C-225/98: *Komisjon Prantsusmaa vastu*. EKL 2000, lk I-7445

Kohtujurist Alber ettepanek 11.05.2000 kohtuasjas C-380/98: *The Queen H.M.Treasury*. EKL 2000, lk I-8035

Kohtujurist Fennely ettepanek 18.05.2000 kohtuasjas C-324/98: *Telaustria*. EKL 2000, lk I-10745

Kohtujurist Legeri ettepanek 15.06.2000 kohtuasjas C-94/99: *ARGE*. EKL 2000, lk I-11037

Kohtujurist Legeri ettepanek 07.12.2000 kohtuasjas C-399/98: *Ordine degli Architetti*. EKL 2001, lk I-5409

Kohtujurist Jacobsi ettepanek 10.05.2001 kohtuasjas C-19/00: *SIAC*. EKL 2001, lk I-7725

Kohtujurist Colomberi ettepanek 05.06.2001 kohtuasjas C-285/99 ja C-286/99: *Impresa Lombardini Spa*. EKL 2001, lk I-9233

Kohtujurist Tizzano ettepanek 28.06.2001 kohtuasjas C-92/00: *Hospital Ingenieure*. EKL 2002, lk I-5553

Kohtujurist Alber ettepanek 8.11.2001 kohtuasjas C-470/99: *Universale Bau AG*. EKL 2002, lk I-11617

Kohtujurist Mischo ettepanek 13.12.2001 kohtuasjas C-513/99: *Concordia Bus*. EKL 2002, lk I-7213

Kohtujurist Mischo ettepanek 18.04.2002 kohtuasjas C-411/00: *Felix Swoboda*. EKL 2002, lk I-10567

Kohtujurist Stix-Hackl ettepanek 01.07.2004 kohtuasjas C-247/02: *Sintesi*. EKL 2004, lk I-9215

Kohtujurist Legeri ettepanek 11.11.2004 ühendatud kohtuasjades C-21/03 ja C-34/03: *Fabricom*. EKL 2005, lk I-1559

Kohtujurist Stix-Hackl ettepanek 12.04.2005 kohtuasjas C-231/03: *Consorzio Aziende Metano (Coname)*. EKL 2005, lk I-7287

Kohtujurist Colomber ettepanek 08.09.2005 kohtuasjas C-331/04: *ATI EAC*. EKL 2005, lk I-10109

Lühendid

AöR – Archiv des öffentlichen Rechts

EK – Euroopa Kohus

EL - Euroopa Liit

EKL – Euroopa kohtulahendite kogumik

EuZW – Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

EÜ – Euroopa Ühendus

JZ – Juristen Zeitung

NJW – Neue Juristische Wochenschrift

NVwZ – Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

NZBau – Neue Zeitschrift für Baurecht

PPLR – Public Procurement Law Review

ZeuS – Zeitschrift für europarechtliche Studien

VA – Verwaltungsarchiv